7.4.95

7. 4. 95

PHILOSOPHIE DU DROIT,

OU COURS D'INTRODUCTION

A

LA SCIENCE DU DROIT.

PAR W. BELIME,

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE DIJON, AUTEUR DU TRAITÉ DU DROIT DE POSSESSION ET DES ACTIONS POSSESSOIRES.

TOME SECOND.

Dire qu'il n'y a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives, c'est dire qu'avant qu'on eût tracé le cercle, les rayons n'étaient pas égaux.

(MONTESQUIEU.)

PARIS,

JOUBERT, LIBRAIRE DE LA COUR DE CASSATION,

RUE DES GRÈS, 14, PRÈS L'ÉCOLE DE DROIT.

MÊME MAISON, PLACE DAUPHINE, 29, PRÈS LE PALAIS DE JUSTICE.

1848.

Digitized by Google

1455

PHILOSOPHIE DU DROIT.

Digitized by Google

SE TROUVE A DIJON,

CHEZ LAMARCHE, LIBRAIRE, PLACE SAINT-ÉTIENNE;

CHEZ DÉCAILLY, LIBRAIRE, PLACE D'ARMES.

DIJON, DOUILLIER, IMPRIMEUR DE LA FACULTÉ DE DROIT

Digitized by Google

AVERTISSEMENT.

Ce volume était en cours d'impression, lorsqu'une mort prématurée est venue frapper l'auteur[1]. Certaines parties du manuscrit avaient évidemment besoin d'être retouchées; cependant je n'ai pas hésité à accepter le pieux devoir de continuer la publication commencée par mon frère. Je regrette que des circonstances indépendantes de ma volonté ne m'aient pas permis d'achever plus tôt la tâche que je m'étais imposée.

Quelques changements ont été faits au texte. Ils sont en petit nombre, et ne portent que sur des détails de rédaction. En m'attachant trop mi-

[1] M. W. Belime, professeur de droit romain à la faculté de Dijon depuis l'année 1837, est mort en 1844, à peine âgé de 33 ans. — Les deux premiers livres de ce volume ont été presque entièrement imprimés sous ses yeux.

Au *Traité de la Possession*, publié en 1842, il s'occupait d'ajouter deux autres ouvrages : une *Explication des Institutes de Justinien*, qui se trouve achevée dans plusieurs de ses parties, et une *Histoire du Droit français*, dont il avait tracé le plan et rassemblé les matériaux.

nutieusement à faire disparaître les négligences de style, j'aurais craint d'ôter à la pensée sa clarté et sa précision. Je me suis donc borné aux corrections indispensables. — Le lecteur ne voudra pas sans doute se montrer trop sévère à l'égard d'une œuvre posthume.

D.-P. Belime,

Conseiller de Préfecture à Dijon.

Octobre 1847.

PROLÉGOMÈNES.

DES DROITS EN GÉNÉRAL.

I. Les droits ne sont autre chose que des pouvoirs d'agir.

Le droit de propriété est le pouvoir de cultiver un champ, d'habiter une maison, de l'affermer ou de la vendre. Le droit électoral est le pouvoir d'entrer dans le local où se font les élections pour y déposer un suffrage. Le droit de créance est le pouvoir de contraindre quelqu'un à payer une certaine somme.

Il n'y a point de droit sans une obligation corrélative; ou pour mieux dire, ce qui forme le droit pour l'un, constitue en même temps l'obligation pour un autre.

Digitized by Google

II. Si l'obligation pèse sur une personne déterminée, de telle manière qu'on ne puisse s'adresser qu'à cette personne pour en réclamer l'exécution, le droit reçoit le nom de *droit personnel.*

Il s'appelle *droit réel*, si l'obligation n'astreint personne en particulier, mais pèse sur toute la société, obligée d'en respecter l'exercice.

Ainsi, le droit d'un prêteur est personnel, parce qu'il ne peut s'adresser qu'à l'emprunteur pour obtenir son remboursement; tandis que le droit du propriétaire est un droit réel, qui ne s'exerce en particulier contre personne, mais qui donne le droit d'attaquer tous ceux qui attenteraient à la chose possédée, et de suivre cette chose entre les mains de tous ceux qui s'en empareraient.

Le caractère du droit réel est donc d'être absolu, et celui du droit personnel d'être relatif.

Le droit réel existe, pour ainsi dire, par lui-même, et il n'y a de débiteur qu'accidentellement, lorsqu'une personne heurte ce droit, le conteste, et trouble la jouissance du maître. Au contraire, dans le droit personnel, une personne est nommément tenue; et si cette personne n'existait pas, le droit n'existerait pas lui-même.

III. Les droits sont encore transmissibles ou intransmissibles.

En général, tous les droits, même ceux qu'on nomme personnels, sont transmissibles, rien ne s'opposant à ce que le propriétaire ou le créancier s'en dépouille par un acte de volonté pour en transporter

le bénéfice à autrui. Cette règle peut cependant recevoir exception dans plusieurs circonstances par des motifs d'ordres divers :

Lorsqu'il s'agit d'un droit nécessaire à l'homme pour accomplir la loi morale ; et voilà pourquoi, notamment, le droit de liberté ne peut être l'objet d'aucune cession ;

Lorsqu'il s'agit d'un droit qui, dans l'intérêt général, ne serait pas exercé aussi utilement par d'autres, tel que le droit de puissance paternelle et tous ceux qui résultent des fonctions publiques ;

Lorsqu'il résulte de la convention que le droit sera incessible, à cause de l'intérêt qu'avait le débiteur à être engagé envers une personne déterminée.

IV. Les droits se distinguent aussi en droits originaires et en droits acquis. Les premiers sont ceux qui appartiennent à tout homme par cela seul qu'il est homme ; il les apporte avec lui en naissant : tels sont les droits d'existence, de liberté, de défense personnelle. Les droits acquis, beaucoup plus nombreux, peuvent être ou ne pas être ; ils résultent de circonstances postérieures : on doit y ranger les droits du mariage, de la paternité, de la propriété, et tous ceux qui dérivent de la multitude des conventions humaines[1].

V. Les droits ont par eux-mêmes une existence

[1] Ce sont ces mêmes droits que les philosophes allemands caractérisent par le nom de droits *absolus* et de droits *hypothétiques*.

propre, naturelle, indépendante de la sanction sociale. Mais dans cet état, s'ils sont tout aussi complets devant la conscience, ils n'ont qu'elle pour garant du respect qui leur est dû.

La loi, en les consacrant, ôte à chacun le droit d'apprécier, d'après ses propres lumières, la conformité d'une action avec la justice; elle proclame une règle générale pour tarir les controverses; et de plus, quand elle a défini les droits, elle assure à ceux qui seraient violés l'appui de la force publique.

Les droits consacrés par la loi sont les droits parfaits, dont la jurisprudence a pour but de s'occuper.

Il ne faut pas croire, du reste, qu'elle puisse ni qu'elle doive consacrer tous les droits naturels : car indépendamment des erreurs qui peuvent déparer l'œuvre du législateur, il faut pour cela deux conditions: que le droit puisse être prouvé, et que son exercice ne soit pas plus dangereux qu'utile à un point de vue général.

Enfin, dans ce même but d'intérêt général, la loi crée aussi une multitude de droits qui n'existeraient pas sans elle, et qui n'ont ainsi qu'une existence purement positive.

C'est la différente manière d'entendre cet intérêt général, qui produit les innombrables différences qu'on remarque dans les systèmes des législations. Ce sont aussi les préjugés, les passions, la routine, l'ignorance, et tout ce cortége aveugle d'influences qui, dans les conseils des hommes, étouffent si souvent la voix de la vérité.

Je me propose d'examiner dans le présent volume les bases rationnelles sur lesquelles reposent les institutions civiles; de discuter leur nécessité ou leur contingence; de juger ce qu'elles doivent aux traditions du passé comme à l'esprit du présent; de signaler enfin dans les lois ce double élément: l'un immuable en vertu de sa conformité avec les droits imprescriptibles de la nature humaine; l'autre variable au gré du climat, du genre de vie, des religions, et des mille phénomènes sociaux.

VI. L'ordre que je suivrai, en m'éloignant le moins possible des divisions reçues, sera presque celui de nos lois, que j'ai reconnu être l'un des plus simples, et des plus saisissables pour l'intelligence. Toutes les matières de la science du droit seront distribuées dans les six livres suivants.

Livre I. *De l'Etat des personnes,* c'est-à-dire des divers droits qui compètent aux individus à raison du rang qu'ils occupent dans la société ou dans la famille.

Livre II. *De la Propriété,* de ses bases philosophiques, des droits qui y sont contenus, et des modes de l'acquérir et de la perdre.

Livre III. *Des Successions,* de leur nécessité, de la diversité de leur organisation, des divers ordres d'héritiers, des testaments, des légitimes, etc.

Livre IV. *Des Obligations en général,* des causes qui les produisent, telles que les contrats et les délits; des lois qui les régissent, comment elles se forment et s'éteignent, etc.

Livre v. *Des divers Contrats en particulier*, de la vente, de la donation, de la société, de l'hypothèque, etc.

Livre vi. *Des Preuves judiciaires*, des éléments de la certitude, des choses qui peuvent ou ne peuvent pas être prouvées; des divers moyens de preuve par écrit, par témoins, par le serment, par présomption, etc.

LIVRE PREMIER.

DE L'ÉTAT DES PERSONNES.

SOMMAIRE DU LIVRE PREMIER.

L'homme a trois états : l'état d'homme, l'état de citoyen, l'état de famille. Droits qui appartiennent à l'homme comme homme : droit d'existence, droit de défense personnelle, droit de liberté, droit d'égalité. — L'homme dans l'état social : de l'esclavage, de la mort civile, des étrangers et des nationaux, des différences de religion, de l'influence du sexe sur la condition des personnes. — L'homme dans la famille : du mariage, de ses conditions essentielles, des empêchements prohibitifs ou dirimants, de la parenté, etc.; obligations qui naissent du mariage; de la bigamie; du divorce; de la séparation de corps; de la puissance paternelle; des enfants naturels; de la légitimation; de l'adoption; des tutelles et curatelles.

CHAPITRE PREMIER.

Des Droits qui appartiennent à l'Homme comme Homme.

Les jurisconsultes ont toujours reconnu dans l'homme trois caractères auxquels se rattachent les droits dépendant de l'état des personnes : le caractère d'homme libre, le caractère de citoyen, et le caractère de membre de la famille [1]. En suivant cette distinction naturelle, nous traiterons d'abord, dans ce chapitre, des droits que l'on pourrait appeler hu-

[1] *Tria sunt enim quæ habemus, libertatem, civitatem, familiam.* Paul., l. 11, de Cap. Dem., ff.

Digitized by Google

manitaires, droits primitifs qui appartiennent à tout homme, par cela seul qu'il fait partie du genre humain.

On peut rapporter à ce premier chef les droits d'existence, de défense personnelle, de liberté, et d'égalité.

§ I.

Droit d'existence.

Le droit suprême de l'homme, celui dont tous les autres émanent, et qu'ils ne font que consacrer, droit que l'on ne peut pas prouver autrement qu'en l'énonçant, c'est le droit d'exister.

Ce droit est inaliénable, la société, qui ne peut jamais demander plus en sacrifice qu'elle n'accorde en protection, ne pouvant jamais aller jusqu'à disposer de la vie des individus dans un but d'intérêt général. Mais il ne faut pas conclure de là qu'il soit inamissible quand l'homme s'en est rendu indigne par ses crimes. La grande loi naturelle du talion veut que chacun soit traité d'après sa propre maxime d'action : c'est ce qui, malgré tant d'attaques déclamatoires, légitimera toujours la peine de mort.

Nous n'entrerons pas ici dans les développements plus oratoires que philosophiques auxquels se livrent d'ordinaire ceux qui traitent la question du suicide. L'homme n'est pas le maître de son existence; il a des devoirs à remplir envers ses semblables, en-

vers sa famille, envers lui-même. S'en affranchir par la mort, c'est avouer qu'ils sont trop pénibles, et qu'il renonce à les accomplir. Mais quand la loi du devoir commande, il n'est pas permis de s'y soustraire même par ce moyen.

Le suicide, quand il n'est pas un acte de folie, est toujours un acte de désespoir ou de lâcheté. Un ancien le comparait à la désertion du soldat qui abandonne le poste où son chef l'avait placé[1]. Je ne crois pas même, avec quelques auteurs, qu'il y ait eu de beaux suicides, et que cette action, comme toutes les autres, soit grande ou vile, glorieuse ou condamnable, selon les motifs qui l'ont dictée[2]. Dans toutes les circonstances, l'homme, en supportant courageusement la vie, peut encore honorer sa condition, racheter ses fautes, et servir ses semblables. Il ne sait rien de l'avenir, et le sort a des retours qu'il ne peut prévoir.

Mais si le suicide est condamnable en morale, il ne s'ensuit pas qu'il soit contraire au droit. Le droit n'est blessé, la répression sociale ne commence, que là où les hommes se nuisent entre eux. Par sa nature même, le suicide en général échappe à tout moyen de punition. Mais cette punition fût-elle même possible, s'agît-il, par exemple, d'une tentative qui aurait échoué, la société n'aurait pas le droit d'in-

[1] *Vetat Pythagoras injussu imperatoris, id est Dei, de præsidio ac statione vitæ decedere.* Cicer., de Senect., cap. 73.

[2] Lherbette, *Introduction philosophique à l'Etude du Droit*, p. 89.

fliger une peine, parce qu'il s'agit d'une action qui n'a rien d'agressif contre la société. La crainte de ces peines agirait bien peu, d'ailleurs, sur celui que la crainte de la mort n'a pas retenu.

Cela ne signifie pas que le suicide soit dans le droit de l'individu. Si quelqu'un l'empêchait de consommer son attentat, il ne pourrait pas se plaindre que ce secours a violé son droit. Le vers célèbre du poète,

Invitum qui servat, idem facit occidenti,

est aussi paradoxal pour le fond que pour la forme. Loin que ce fût violer le droit que d'arrêter le bras d'un homme armé contre ses jours, ce serait une lâcheté que de le laisser faire d'un œil indifférent.

§ II.

Droit de défense personnelle.

Ce droit, qui n'est qu'une conséquence du précédent, est celui que les anciens jurisconsultes appelaient *jus inculpatæ tutelæ*. Il m'autorise à faire tout ce qu'exige la défense actuelle de ma personne et de mes droits, mais rien de plus. Je dois donc mesurer mes moyens de défense à la gravité de l'agression; et si je peux désarmer celui qui m'attaque, je ne dois ni le blesser ni le tuer.

Le droit de défense personnelle n'est ni un droit préventif ni un droit de vengeance. Il n'existe que tant que ma sûreté est actuellement compromise. Il

cesse, une fois l'attentat consommé, pour faire place au droit de répression, qui n'appartient qu'à l'autorité sociale.

Je n'insiste pas davantage sur ces principes déjà développés dans le volume précédent.

§ III.

Droit de Liberté.

Dire que l'homme est libre, n'est rien autre chose que d'affirmer qu'il peut faire tous les actes nécessaires à sa subsistance, à sa défense, et même à son bonheur, dans les limites tracées par la raison.

Si l'homme était seul sur la terre, sa liberté serait infinie, et le droit, qui n'a pour objet que de la régler, n'existerait pas. Mais dans ses rapports avec ses semblables, la liberté des autres fait contre-poids à la sienne, et la nécessité d'entretenir l'équilibre crée le pouvoir social, auquel il faut que les individus obéissent aux dépens d'une partie de leur liberté, pour s'assurer la conservation du surplus.

La liberté, réglée par le droit, est conforme à la raison; illimitée, elle serait l'anarchie, qui constitue l'oppression de tous par tous.

L'homme ne peut pas plus aliéner son droit de liberté qu'il ne peut aliéner son droit d'existence ou de défense personnelle. L'esclavage volontaire n'est pas plus licite que le suicide. On a donc dû proscrire

toutes les conventions qui y tendraient ou qui produiraient un résultat analogue.

Il y a plus : l'homme ne peut pas plus aliéner sa liberté pour la partie que pour le tout, comme il ne pourrait pas plus aliéner son droit d'exister pour le tiers ou pour le quart que pour la totalité. Il peut seulement régler par des conventions l'usage qu'il doit en faire. Le peintre qui s'engage à faire un tableau, le domestique qui loue ses œuvres, règlent l'usage de leur liberté d'une manière obligatoire pour eux : non pas en ce sens qu'on puisse précisément les contraindre à faire ce qu'ils ont promis ; mais en ce sens du moins, qu'ils seront contraints de dédommager celui à qui ils causeraient du préjudice en ne pas tenant leur engagement.

§ IV.

Droit d'égalité.

Si tous les hommes sont libres, ils sont tous égaux, la loi qui limite leur liberté devant être la même pour tous, puisqu'elle est l'expression de la raison universelle.

Mais cette égalité, qui tend de plus en plus à devenir l'ame de toutes les législations modernes, est le dogme du droit le plus facile à mal interpréter, si on ne l'accompagnait des correctifs nécessaires.

Il y a une égalité absolue et une égalité proportionnelle : la première fait à tous une part invariable ; la

seconde mesure la part de chacun sur ses facultés et sur son mérite.

La première égalité est impraticable; et quand même elle serait praticable, elle est injuste. Comme la nature n'a pas donné à tous la même force, la même intelligence, les mêmes ressources d'esprit, le droit ne peut pas empêcher l'un de s'élever au-dessus de l'autre par la richesse ou par les fonctions publiques. L'industrie, le commerce, tous les moyens de faire circuler les richesses, ne sont que des leviers pour rompre continuellement l'égalité entre les hommes, et c'est dans ce jeu que consiste la vie des sociétés.

La véritable égalité, comme on l'a dit éloquemment, consiste à traiter inégalement des êtres inégaux.

Aussi, lorsqu'il s'agit, en 1789, d'inaugurer les bases de notre nouveau droit public, on proclama la fameuse maxime que tous les hommes *naissaient égaux* en droits; on ne dit pas qu'ils *étaient* égaux en droits : car ils ne le sont pas et ne peuvent pas l'être. Il y a plus : cette égalité des droits originaires n'est pas même complète. L'enfant du riche naît avec plus de droits que l'enfant du pauvre; et il ne pourrait en être autrement qu'en adoptant les dogmes impossibles de certains systèmes socialistes, dont la réfutation trouvera plus bas sa place, quand nous parlerons des fondements de la propriété et de l'hérédité.

Les priviléges sont naturellement odieux à l'homme; mais on ne doit ce nom qu'aux prérogatives ac-

cordées dans l'intérêt particulier de celui qui les exerce. Toutes celles qui reposent sur l'intérêt général ne blessent pas la loi de l'égalité.

Quelles que soient les facultés grandes ou petites des hommes, ils ont droit à ce que leur essor ne soit point arrêté par un obstacle fatal : ils sont tous aptes à tout; ils peuvent remplir tous les offices, revêtir toutes les dignités, sans autre distinction que celle que la nature a mise dans leur intelligence. Une loi qui fermerait l'accès de la magistrature à une classe de citoyens serait injuste; mais l'organisation actuelle de la propriété ne l'est pas, puisque tous sont aptes à posséder toutes sortes de biens, et que l'artisan industrieux peut s'élever à la fortune des Aguado et des Rothschild. De même, il suffit que tous puissent aspirer aux fonctions de ministre, pour que l'égalité politique ne soit pas violée.

Ouvrir à tous la carrière, laisser chacun libre d'acquérir des biens ou du pouvoir par des voies légitimes, lui garantir la jouissance de ce qu'il aura acquis, c'est assurer aux hommes la liberté à laquelle ils ont droit[1].

Tels sont les droits originaires qui appartiennent à l'homme comme homme; nous allons le considérer maintenant dans l'état de société.

[1] V. sur cette question Portalis, *de l'Usage et de l'Abus de l'Esprit philosophique*, t. II, ch. 29.

CHAPITRE II.

De l'Esclavage.

Si l'on envisage l'homme sous un point de vue organique, c'est-à-dire comme faisant partie d'une société, la plus grande différence que l'on remarque dans l'état des personnes est celle des maîtres et des esclaves; et cependant l'institution de l'esclavage, tout injuste qu'elle soit, a été si universelle qu'elle mérite d'être considérée avec quelque attention.

§ I.

Des divers degrés de l'Esclavage.

Toute l'antiquité a cru l'esclavage légitime; mais il ne fut pas pratiqué partout avec la même dureté. Dans l'origine, et surtout chez les peuples les plus démocratiques, l'esclave ne fut absolument qu'un bien de même nature que les autres, un bétail intelligent à qui la loi n'accordait de garantie de nulle espèce; pour tout dire en un mot, l'usage permettait aux jeunes Spartiates de se mettre en embuscade dans la campagne, et de tuer les Ilotes, afin de s'exercer aux ruses de la guerre [1].

[1] Plutarch. in Lyc., §§ 58 et 59. — Platon, *de Legib.* I, p. 633.

A Rome, au moins sous les empereurs, l'esclave fut protégé davantage. Il était défendu de le mettre à mort ou même de lui infliger des traitements trop rigoureux; sinon, il était vendu, sur l'ordre des magistrats, à un maître plus clément. On voudrait faire honneur de ce progrès à l'humanité des législateurs; mais cette humanité perce rarement dans les monuments de l'antiquité; et peut-être n'y faut-il voir que la politique ordonnant de ménager une classe d'hommes dont les soulèvements avaient quelquefois mis l'état en danger.

Au moyen âge, quand l'esclavage disparut, il fut remplacé par un état de non-liberté beaucoup moins rigoureux, qu'il est difficile de définir, parce qu'il comportait mille nuances, empreintes encore aujourd'hui dans cette variété d'expressions qu'employaient les chartes pour désigner ceux qui, n'étant pas libres, n'étaient pas non plus la propriété d'un autre [1].

Les serfs de la glèbe sont attachés à la terre comme un accessoire du domaine; s'ils s'en éloignent, ils sont soumis au droit de poursuite; ils ne peuvent se marier sans le consentement de leur seigneur; ils sont taillables et corvéables à sa volonté; et les vieilles forêts féodales retentissent de cette maxime : Entre toi et ton seigneur, il n'y a point de juge fors Dieu [2].

[1] *Adscriptitii, coloni, liberti, colliberti, casati, homines de mansata, de potestate*, etc. — Sur la transition de l'esclavage au servage, v. Muratori, *Antiq. ital.*, t. I, p. 796 et seq.

[2] L'ancienne Coutume de Bourgogne (avant 1459) disait encore :

Les main-mortables sont plus près de leur affranchissement. Ils possèdent des biens, mais ne peuvent les transmettre héréditairement que par les communautés serves. Ils peuvent se marier librement, mais seulement avec une femme de la même seigneurie. Ils sont passibles de certaines redevances et de l'aide aux quatre cas [1]. Enfin, ils peuvent même se désavouer de leur seigneur et s'avouer d'un autre, sauf à perdre les biens situés dans la main-morte du premier.

Tel était encore dans le dernier siècle l'état des main-mortables, lorsque ce vestige suprême de l'esclavage disparut.

§ II.

De l'état actuel des choses en Europe.

L'esclavage n'existe plus nulle part en Europe, et chacun sent que les trois cent mille esclaves que la

« Serfs-servages sont ceux qui sont serfs de leur chief et de leur teste, et doivent chacun quatre deniers au seigneur pour la rançon de leur chief. Et puet le seigneur prendre tous leurs biens quand il lui plaist, leurs personnes mettre en ostages, vendre et aliéner comme son serf, qui ne se puet desavouer de lui par quelque manière que ce soit, fors que quand le serf-servage ne a que mangier, le seigneur est tenuz de lui donner son vivre. »

[1] On appelait ainsi une taille extraordinaire due au seigneur *pro itinere hierosolymitano, pro prima militia filii, pro maritanda filia, et pro redemptione sui corporis.* Bouhier, *Obs. sur la Cout. de Bourg.*, t. II, p. 600.

France possède dans ses colonies sont déjà affranchis dans la pensée de la Métropole.

Mais il y a encore une nation puissante qui conserve dans ses institutions un état de non-liberté qui tient le milieu entre l'esclavage et le servage.

La Russie, pays d'anomalies en toutes choses, présente une population de 40 millions de serfs, équivalant aux deux tiers de la population totale de l'empire. Ce n'est point pour elle un héritage antique; les paysans y étaient libres pendant le moyen âge. Mais au XVIe siècle, quand les idées européennes y pénétrèrent, la noblesse, qui se trouvait sans passé, s'empressa de reconstruire le sien: on place vers l'an 1592 l'époque de l'asservissement général des paysans. Ainsi, dans ce pays où la civilisation n'a marché que par saccades, le servage devint universel à l'époque même où il s'éteignait dans tous les autres états de l'Europe [1].

En nous en tenant du reste à l'état de choses actuel, il ne sera pas sans intérêt de dire à quel régime sont soumis les serfs russes, cette si notable portion de la famille européenne [2].

[1] Les historiens du droit russe rapportent au règne de Féodor Ivanovitch (1592) l'établissement des livres publics pour l'enregistrement des paysans, qui dès-lors ne purent plus quitter les propriétés auxquelles ils étaient attachés. V. Reutz, *Versuch über die geschichtliche Ausbildung der Russischen Staats- und Rechts-Verfassung*, § 105.

[2] Sur les détails ci-après, v. Angelot, *Sommaire des Législations du Nord*, p. 230 et suiv.; Foelix, *Revue étrangère*, vol. IV, p. 321, etc.

Les nobles héréditaires ont seuls le privilége de pouvoir posséder des terres cultivées par des serfs. Ils peuvent du reste, dans le recensement qui a lieu tous les dix ans, faire une déclaration pour les distraire de leurs domaines et les attacher au service de leur personne ; et l'un des effets de cette déclaration est de leur permettre de les vendre séparément de la glèbe.

Dans tous les cas, les serfs ne peuvent être vendus que par famille, sans annonce dans les journaux, ailleurs que sur un marché, et les créanciers n'ont pas le droit de les saisir.

Le mariage d'un serf et d'une femme libre est possible ; mais alors les enfants suivent la condition du père, et appartiennent à son maître.

Les droits du seigneur sur ses esclaves sont de leur imposer certaines redevances en argent ou en main-d'œuvre. Le gouvernement frappe sur un domaine un impôt de tant de roubles et de tant d'hommes pour le service militaire. Le seigneur répartit l'impôt entre ses serfs comme il l'entend, et il choisit les hommes qu'il veut envoyer à l'armée. Il a une juridiction patrimoniale sur toutes les contestations civiles, qu'il termine sans appel. Au criminel, il n'a pas proprement de juridiction, mais il a un pouvoir discrétionnaire de correction, la loi lui demandant seulement de ne pas infliger de châtiment qui entraîne la mort ou des infirmités durables. Le serf qui se mutine est justiciable des cours martiales.

Les devoirs que la loi impose au maître dans un

esprit d'humanité, sont de ne pouvoir expulser ses paysans en cas de disette, de fournir à leurs besoins, et même de payer cinq roubles d'amende par serf qu'il laisserait mendier; de ne pouvoir les faire travailler avant seize ans; de ne les faire travailler sur ses terres que trois jours par semaine, et enfin de leur donner à chacun une maison et dix désiatines de terre dont il doit leur concéder la jouissance.

Les serfs ne sont point aptes à posséder des immeubles. S'il leur en échoit par succession, le fisc s'en empare, moyennant une indemnité.

Ils peuvent être commerçants avec l'autorisation de leur maître, et l'on en a même vu acquérir, dans le négoce, des fortunes considérables que la loi leur garantit, mais sans leur donner le moyen d'obtenir leur affranchissement [1].

Lorsqu'un serf est tué par accident, la loi tarife a deux mille roubles l'indemnité due à son maître.

Le législateur, qui ne voit qu'à regret cet état de choses, paraît impuissant à vaincre l'égoïsme de la noblesse à qui les serfs appartiennent. Il fait du moins tous ses efforts pour atténuer le mal; et c'est ainsi que depuis 1781 on a fermé les livres qui existaient dans toutes les villes de la Russie pour l'ad-

[1] Le comte Sheremetieff, jeune officier de la garde, possédait 240,000 paysans. L'un d'eux, ayant fait une fortune considérable dans le commerce, lui offrit un million de francs pour obtenir son affranchissement. Le comte n'y voulut pas consentir, quoiqu'il ne tirât de lui que dix roubles par an, comme de ses autres serfs. Angelot, *ubi supra*, p. 240.

scription volontaire; en sorte qu'aujourd'hui l'on *naît* esclave, mais on ne le devient plus.

Les faits qui viennent d'être rapportés ne paraîtront pas inutiles sans doute, s'ils démontrent que l'esclavage est plus voisin de nous qu'on ne pense; qu'il n'est pas confiné à l'autre bout du globe, au milieu d'une autre race d'hommes; et que la philosophie peut encore réaliser bien des améliorations dans le droit des peuples policés.

§ III.

Si c'est la Philosophie qui a détruit l'Esclavage.

Lorsqu'on voit les générations tendre à chaque siècle vers un affranchissement plus complet, il est naturel de rechercher quelle en fut la cause; mais cette cause, on ne la trouvera pas dans la philosophie : car il est vrai d'avouer que sur cette question capitale les sages n'ont jamais devancé leur temps, dont ils ont recueilli les préjugés, en essayant d'en faire la théorie.

Platon introduisit l'esclavage dans sa république-modèle, et Aristote ne croyait pas que la société pût exister sans lui [1].

« Si les hommes, disait-il, avaient des machines animées qui, comme les trépieds de Vulcain, pussent agir et se mouvoir d'elles-mêmes, alors seulement ils n'auraient plus besoin d'esclaves. »

[1] Arist. *Polit.* lib. 1, c. 2.

Oldendorp, l'un des premiers qui écrivirent sur le droit naturel chez les modernes, s'appuie sur l'autorité d'Aristote pour justifier l'esclavage, qu'il déduit aussi du quatrième commandement de Dieu: Tu honoreras tes père et mère.

Grotius accepte le fait sans le justifier, en se contentant de tracer les devoirs respectifs du maître et de l'esclave.

Thomasius croit que, d'après le droit naturel, un homme ne peut pas être vendu comme esclave perpétuel malgré lui, restriction qu'adopte également Heineccius.

Wolff déclare légitime l'esclavage par contrat volontaire ou par suite d'insolvabilité, et celui résultant de la naissance, tant que les frais d'éducation n'ont pas été remboursés au maître. Hœpffner n'admet plus que celui par adscription volontaire.

Burlamaqui, tout en condamnant l'institution dans sa forme primitive, regarde la servitude de la glèbe comme n'ayant rien d'illégitime; et l'on a peine à croire qu'il parle sérieusement, quand on le voit célébrer les douceurs de cette condition, en citant des vers d'Idylles [1].

Il faut venir presque jusqu'à nos jours pour trouver la condamnation absolue de l'esclavage dans Rousseau, dans Montesquieu et dans Kant; et encore, à la fin du siècle dernier, vit-on un publiciste en

[1] Burlamaqui, t. III, p. 465. Il s'écrie avec Virgile:
O fortunati nimium, sua si bona norint,
Agricolæ.

réclamer le rétablissement dans un livre sérieux, en le présentant comme moins injuste et plus utile à la société que l'état de domesticité qui en a pris la place [1].

Ce n'est donc point, on doit l'avouer, à la philosophie que revient l'honneur d'avoir émancipé le genre humain. Les philosophes paraissent toujours avoir glorifié le fait établi, et ce n'est qu'à la suite des réformes déjà opérées dans les faits qu'ils cherchaient eux-mêmes à réformer leurs doctrines.

§ IV.

Si l'abolition de l'Esclavage est due au Christianisme.

Une opinion difficile à détruire aujourd'hui, tant elle a été répétée, consiste à faire honneur à la religion chrétienne de l'abolition de l'esclavage. Sans prétendre que le christianisme resta sans influence sur ce grand fait social, je crois du moins que cette influence fut plutôt indirecte que directe, plutôt involontaire que préméditée.

On ne trouve ni dans les livres saints, ni dans les Pères de l'Eglise, je ne dis pas aucun appel à la révolte, mais aucune proposition tendant à présenter

[1] Linguet, *Théorie des Lois civiles*, t. II, p. 262 et suiv. Hugo tient à peu près le même langage dans son *Lehrbuch des Naturrechts*.

la servitude comme illégitime. Si Jésus-Christ a proclamé que tous les hommes sont frères, l'Apôtre n'en condamne pas moins ceux qui voudraient se prévaloir de cette maxime pour refuser l'obéissance à leurs maîtres [1]; et s'il a dit qu'il venait les racheter de la servitude, tous les Pères s'empressent de déclarer que cela doit s'entendre seulement de la servitude du péché [2].

Dans le fait, les premiers chrétiens possédaient des esclaves, ils se faisaient servir par eux dans les agapes, et jamais cet usage ne paraît avoir été l'objet d'une improbation.

Quand le christianisme monta sur le trône avec Constantin, il dicta aux empereurs une multitude de lois sur la discipline ecclésiastique, sur les priviléges des évêques, sur les peines à infliger à l'hérésie; mais on n'en citerait aucune qui modifiât le sort des esclaves; et lorsque Justinien veut faire connaître, dans le livre élémentaire de ses *Institutes*, la constitution qui leur accordait le peu de garanties dont ils jouissaient alors, il est obligé de rapporter le rescrit d'un empereur païen, d'Antonin-le-Pieux [3].

Les conciles du moyen âge ont souvent des dispositions sur l'esclavage; mais ce n'est ni pour le con-

[1] Ad Timoth. Epist. I, c. vi, 2.

[2] V. Saint Jérôme, sur la première aux Corinthiens, chap. vii; — Saint Ambroise, *ibid.* t. iii, p. 367, édit. Paris, 1661; — Saint Jean Chrysostôme, *in* I *ad Corinth.*, *Homilia* xix; — Saint Augustin, *Enarrat. in Psalm.* 125, etc.

[3] V. § 2, *de his qui sui vel alieni jur.* Instit.

damner, ni pour exhorter aux affranchissements. Ils se bornent presque toujours à rappeler que les Juifs ne doivent pas posséder d'esclaves chrétiens, disposition qui ne s'appliquait même pas aux colons ou aux serfs, considérés comme l'accessoire des biens territoriaux[1].

L'Eglise ne se faisait pas de scrupule de profiter des bénéfices d'une institution dont tout le monde usait. Elle recevait des donations d'esclaves. Du temps de Charlemagne, Alcuin en possédait vingt mille sur ses domaines[2]. Le monastère de Saint-Gall en avait mille sept cent vingt-trois au xe siècle[3]. Il est vrai de dire que les serfs de l'Eglise étaient mieux traités, sujets à moins d'exactions que ceux des seigneurs laïques, parce que l'Eglise était un corps durable qui voyait l'avenir; mais elle ne les affranchissait ni sans réserve ni par pure générosité. La règle tracée par les conciles était que l'évêque ne pouvait affranchir un serf qu'en indemnisant l'Eglise de ses propres biens; que s'il voulait l'affranchir complètement sans réserve du patronat, il devait en rétablir deux à la place; et qu'enfin la révocation de la liberté pouvait être demandée pour cause d'ingratitude dans un grand nombre de cas, notamment quand l'affranchi

[1] Concil. Aurelian. III, can. 13 (538). Concil. Aurel. IV, can. 30 (541). Concil. Matisc. I, can. 16 (581). Concil. Toletan. III, can. 8 (589). Gregor. Magn. Epist. III, 21.

[2] Mabillon, *Annal. Benedict.*, lib. XXVII, p. 368.

[3] Arx, *Hist. de Saint-Gall*, t. I, p. 159. Le monastère possédait à cette même époque 160,000 arpents de terre.

se plaçait sous la protection d'un autre patron, quand il intentait un procès contre l'Eglise, ou quand il portait témoignage contre elle en justice [1]. Sous ce rapport, la loi ecclésiastique était beaucoup plus dure que celle du droit romain.

Il est difficile de croire, après cela, que l'esprit du christianisme fût décidément contraire à l'esclavage. S'il parlait d'égalité, c'était d'une égalité religieuse devant Dieu; mais à aucune époque il ne tendit, par ses actes ou par ses paroles, à réaliser cette égalité dans la condition des hommes, au risque de désorganiser la société.

§ V.

Véritables Causes de l'abolition de l'Esclavage.

Le christianisme eut cependant une action indirecte puissante sur l'amélioration du sort des esclaves; et améliorer leur sort, c'était préparer leur émancipation. Cette action, il l'exerça en prêchant aux maîtres la modération, l'humanité, et la justice; il l'exerça encore principalement en déclarant le mariage de l'esclave indissoluble.

Le paganisme n'avait vu dans l'union des esclaves qu'un fait économique sans aucun caractère légal. Cela ne s'appelait pas mariage, mais *contubernium*.

1 IVe Concile de Tolède, de l'an 633, can. 68, 69, 70, etc.

Les lois romaines n'avaient pas daigné en parler une seule fois, laissant le maître libre d'ordonner ce qu'il voulait, dans l'intérêt de la reproduction.

Le christianisme prit la chose plus sérieusement, et, bien que l'union des esclaves et des personnes libres restât défendue pendant tout le moyen âge, on ne peut se refuser à considérer comme dues à son influence les lois qui proclamèrent que l'union des esclaves était un mariage, qu'il ne dépendait pas de leur maître de la dissoudre, et que la femme ne devait pas être séparée de son mari, ni les enfants de leurs parents. Par-là l'esclave eut une famille, il tint à quelque chose; il compta dans la société.

Ce qui acheva de l'émanciper, ce ne fut ni la religion, ni la philosophie; ce fut un mobile moins honorable, mais d'une action plus sûre, l'intérêt.

Les esclaves sentirent qu'ils avaient à gagner à être libres, et ils étaient les plus nombreux et les plus forts.

Les maîtres, de leur côté, comprirent que le travail d'un homme libre valait mieux que le travail d'un serf[1]; que les réserves contenues dans les affranchissements, que les impôts levés sur les populations nouvelles, leur procureraient encore du bénéfice. Ils pratiquèrent si bien l'art d'exploiter la

[1] M. Moreau de Jonnès (*Recherches statistiques sur l'Esclavage colonial*, p. 228), a calculé qu'un esclave ne cultive que 65 ares de terrain pendant qu'un travailleur libre en Europe en utilise 1 hectare 67 ares.

bienfaisance, qu'il ne fut pas rare de voir les affranchis refuser la liberté qu'on leur faisait, et demander à reprendre leurs chaînes [1].

Telles furent les véritables causes de l'abolition de l'esclavage. Ce n'est point faire l'éloge de la philosophie, que de montrer le peu de part qu'elle eut dans ce résultat; mais ce n'est pas dire non plus qu'elle soit sans influence sur les destins de l'humanité. Elle intervient à son temps, plus tôt ou plus tard; mais quand elle s'empare d'une idée, elle la pousse à ses conséquences. C'est ce qui arrive aujourd'hui. Les hommes ont su s'affranchir sans elle; mais elle a consacré ce résultat, et elle le propage. Ce sont les peuples libres qui réclament, par le sentiment du droit, l'abolition de l'esclavage dans les lieux où il existe encore.

L'intérêt personnel des maîtres, qui seul persiste à lutter, a beau présenter le sort des esclaves comme préférable à celui d'un grand nombre de pauvres ouvriers dans les sociétés européennes. Il peut se faire que le maître en général soit intéressé au bien-être de ses esclaves, qu'il les soigne dans leurs maladies, qu'il leur assure une nourriture abondante, qu'il les loge sainement : commodités qui manquent à beaucoup d'hommes libres. Je ne veux point me prévaloir des secrets que certains procès criminels nous ont révélés, et je prends comme un fait la douceur

[1] V. la fameuse ordonnance de Louis X à ce sujet (5 juill. 1315). V. aussi Sclopis, *Storia della Legislazione italiana*, t. I, p. 154.

pratique de l'esclavage. Mais la dignité de l'homme doit-elle être comptée pour rien? S'il ne s'agissait que du bien-être matériel, il y a une condition qui serait préférable à celle des trois quarts des hommes libres : c'est celle des chiens de luxe qu'on nourrit de friandises, et qui sont servis par des domestiques.

Le côté vicieux de l'esclavage n'est pas dans un peu plus ou dans un peu moins de misère, mais dans ce que l'homme puisse être vendu dans les bazars comme une marchandise, fouetté sur l'ordre d'un contre-maître, et dans ce que tous ces maux lui soient infligés par un autre homme, son égal devant Dieu.

CHAPITRE III.

De la Mort civile.

La mort civile est un état dans lequel l'homme, par suite d'une condamnation pénale perpétuelle, est rayé du nombre des citoyens, voit son mariage dissous, ses biens passer à ses héritiers, et devient incapable de la plupart des actes de la vie civile.

La mort civile, déjà effacée de la plupart des législations modernes, est l'une des institutions qu'on a le plus critiquées dans notre Code. Ces critiques, vraies sous plusieurs rapports, sont aussi, à d'autres

égards, empreintes d'exagération. Si les rigueurs de la loi n'atteignaient que celui qui est placé sous la main de la Justice, on n'eût pas songé sans doute à réclamer aussi vivement. Mais la mort civile peut aussi frapper le contumace qui a pris la fuite et celui qui a prescrit sa peine; et c'est alors qu'il est inhumain de dissoudre le mariage d'un homme qui vit au milieu de ses concitoyens, de déclarer ses enfants bâtards et ses biens dévolus à ses héritiers.

On ne peut guère expliquer cette législation draconienne que par l'état des choses au moyen âge, lorsque, chaque ville et chaque seigneur ayant sa justice, les criminels se soustrayaient facilement par la fuite aux poursuites dont ils étaient l'objet. De là tant de mesures terribles contre les contumaces et les forbannis: leurs biens étaient définitivement confisqués après l'an et jour [1]; chacun pouvait les tuer où il les rencontrait; et l'on vit même, à la honte de la science, des jurisconsultes discuter si, dans ce cas, il était licite à un fils de tuer son père [2].

Nos sociétés modernes, avec leurs moyens de police, n'ont pas besoin de se rassurer par des sauvegardes aussi barbares. D'un autre côté, si l'on veut supprimer la mort civile, il sera indispensable de la remplacer par une interdiction légale, qui s'étendra

1 C'était déjà le droit des Capitulaires (Ansegise, lib. IV, c. 24.)

2 FARINACIUS, *de Pœnis*, quæst. 103. Le statut de Lucques, considérant la fuite comme une injure à la justice, ordonnait que, quel que fût le crime, le nom du contumace fût écrit sur le livre des bannis. FORTI, *Istituzioni civili*, t. II, cap. 10.

presque à tous les actes de la vie : car après qu'un homme s'est soustrait au châtiment qui le menaçait, il serait contradictoire qu'il pût encore disposer de ses biens, exercer des fonctions publiques, ou même invoquer l'appui des tribunaux dont il a méprisé la sentence.

Voici sous quels rapports notre Code français peut paraître avoir dépassé la limite de la raison. Il a déclaré le mariage dissous par la mort civile; c'était trop faire : car si l'époux innocent ne veut pas s'en prévaloir, il est absurde que la faute de l'autre lui permette de rompre les liens conjugaux. C'était trop faire encore : car si l'époux innocent veut bien, par magnanimité peut-être, continuer la vie commune, il est cruel que ses enfants reçoivent de la loi la flétrissure de la bâtardise. Mais en laissant subsister le mariage, il faudrait au moins que l'époux innocent eût la faculté de demander le divorce, la société ne pouvant pas lui imposer l'obligation de rester perpétuellement uni avec un criminel qu'elle a frappé de ses peines les plus flétrissantes.

Il est aussi par trop rigoureux qu'après les cinq ans accordés au contumace pour se représenter, sa succession soit définitivement acquise à ses héritiers, quoiqu'il puisse encore faire réviser son jugement et faire proclamer son innocence.

Peut-être enfin l'on pourrait critiquer la disposition qui ne permet pas à un mort civilement de déposer en justice, peine qui frappe plutôt l'innocent que le coupable : car on n'est pas maître de choisir

les témoins que le hasard a conduits sur le théâtre d'un attentat.

CHAPITRE IV.

Des Etrangers.

La qualité d'étranger ou de national a toujours influé sur la condition des personnes.

Celui qui considère les lois dans leur développement historique a lieu de s'étonner beaucoup plus de leur ressemblance que de leur diversité. En dépit des différences des races et du climat, dont on a trop exagéré l'action, il semble que tous les peuples passent par les mêmes chemins, se rencontrent dans les mêmes préjugés, comme nous aurons souvent l'occasion de nous en convaincre.

Chez les Athéniens, les métœques, étrangers admis à la résidence, payaient une capitation de douze drachmes par an. Faute de l'acquitter, ils étaient vendus comme esclaves. Un prostate, espèce de patron sous la protection duquel ils devaient se mettre, répondait d'eux, et ils ne pouvaient former d'action en justice que par son intermédiaire [1].

[1] Pastoret, *Histoire de la Législation*, t. VI, p. 326.

Les divisions de nationalité y étaient si vivaces, que non-seulement le mariage entre Athéniens et étrangers était sévèrement puni par les lois, mais que les habitants de deux bourgades de l'Attique, ceux de Pallène et ceux d'Agnusium, ne pouvaient contracter d'alliance entre eux, jusqu'à Thésée qui le leur permit [1].

A Rome, les relations primitives de la Plebs avec les patriciens étaient exactement les mêmes que celles des métœques avec leurs prostates. Les patriciens, représentants des familles des anciens fondateurs, avaient seuls la jouissance du droit civil.

Les plébéiens, nouveau venus, attirés par l'industrie ou transplantés par la conquête, étaient sans droit devant la loi, ne pouvaient former de mariages avec la race des Quirites, et ne pouvaient nouer de relations avec l'autorité sociale que par le ministère d'un patron sous la protection duquel ils se plaçaient en qualité de clients [2].

On sait que dans la vieille langue romaine il n'y avait qu'un mot pour désigner les étrangers et les ennemis : *Adversus hostem æterna auctoritas esto*, disait la loi des XII Tables, en refusant le bénéfice de la prescription à tous ceux qui n'étaient pas nés Romains.

Ces rigueurs jalouses, qui s'étaient effacées dans Rome policée, reparaissent avec l'invasion des bar-

[1] PLUTARQUE, *in Thes.*

[2] NIEBUHR, *Histoire romaine*, t. I, p. 362 (édit. allem.)

bares. L'*advena*, le *vargangus* de leurs lois, peut être tué impunément : car il n'est pas membre de l'association, et il n'a pas de famille pour poursuivre le meurtrier[1]. Sauf la loi des ripuaires, dans un chapitre que les savants croient de date moderne, aucune loi des tribus germaniques ne lui accorde de wehrgeld[2]. Plus tard, dans le moyen âge, quand le droit féodal se forma, le voyageur qui passe peut cueillir trois pommes, trois raisins, et des noix plein son gant; mais s'il se fixe quelque part, il devient serf du seigneur après l'an et jour[3]. Le servage enfin s'efface-t-il : le seigneur, qui lui laisse sa liberté, conservera du moins en expectative le droit de s'emparer de sa dépouille après sa mort: ce sera le droit d'aubaine, dont la trace s'est maintenue jusqu'à nos jours dans les successions.

Ainsi partout, chez les nations primitives, la religion, le droit, la justice, furent considérés comme des monopoles réservés aux nationaux.

De nos jours, les philosophes qui sont partis du principe du contrat social, principe nouveau en théorie, mais fort ancien en pratique, ne se sont pas beaucoup élevés au-dessus de ces idées. Leur théorie ordinaire est que les étrangers n'ont pas de droit, et que nous ne devons leur en reconnaître que pour qu'ils nous en accordent chez eux[4].

[1] Phillips, *Hist. du Droit anglo-saxon*, § 31.

[2] Lex Ripuar, tit. 36. Rogge, *de peculiari Legis Rip. cum Lege Salica Nexu*, p. 27.

[3] Grimm, *Antiquités du Droit*, p. 399.

[4] Schmalz, *Recht der Natur*, § 387.

Mais ceux, au contraire, qui croient à des droits éternels, antérieurs aux lois positives, ceux qui croient à l'égalité native de tous les hommes, doivent prendre le contre-pied de cette maxime; et au lieu de dire que les étrangers n'ont de droits chez nous qu'autant que nous avons intérêt à leur en reconnaître, ils diront plutôt qu'ils ont les mêmes droits que les nationaux, sauf ceux dont l'exercice pourrait être dangereux pour le corps social.

Ceci conduit à distinguer entre deux classes de droits très-distinctes, les droits civils et les droits politiques.

Rien de plus naturel que d'exclure l'étranger des droits politiques, dont l'exercice se résout en définitive dans une participation plus ou moins éloignée au gouvernement de l'état. Mais quant au droit civil, qui organise les rapports privés des hommes, conformément à la justice naturelle, on ne voit plus de motifs pour lui en refuser les bénéfices. Le déclarer incapable de succéder ou de posséder des immeubles, comme le font les Anglais[1], n'est-ce pas proclamer que les lois sur les successions et sur la propriété ne sont que la création du législateur, qui peut n'appeler que ceux qu'il veut à profiter de son œuvre?

C'est une difficile question que celle du droit d'asile des étrangers sur le territoire où ils se réfugient. Il paraît incompatible avec les principes que nous venons d'exprimer, d'attribuer aux gouvernements un

[1] Blackstone, liv. 1, ch. 10.

droit arbitraire d'expulsion, qu'il serait facile de rendre tyrannique. D'un autre côté, il ne faut pas que, sous le prétexte de l'hospitalité, un pays puisse devenir le refuge de tous les malfaiteurs ou le foyer privilégié des conspirations politiques. En fait comme en droit, on ne peut mettre le réfugié en jugement à raison de sa conduite passée : car comment les tribunaux jugeraient-ils un fait commis à l'extérieur, lorsqu'ils seraient même dans l'impossibilité d'appeler les témoins par-devant eux? Ce sont ces difficultés qui presque partout ont fait investir l'administration d'un pouvoir discrétionnaire qu'il serait bon cependant de limiter, en admettant, par exemple, le recours de l'étranger devant les tribunaux administratifs contre le décret d'expulsion qui le frapperait.

La naturalisation est l'acte par lequel un étranger est admis dans l'association civile et politique de la nation.

Si la loi était faite d'après les vrais principes que nous avons essayé de déduire, la naturalisation ne serait pas nécessaire pour conférer la jouissance du droit civil. Elle ne le serait que pour la participation aux priviléges politiques.

On conçoit au surplus que, comme ces priviléges sont plus ou moins importants, et comme celui qui obtient la naturalisation peut présenter plus ou moins de garanties, elle puisse lui être conférée d'une manière plus ou moins complète : de là la différence entre la petite naturalisation, qui donnera les droits

politiques ordinaires, et la grande naturalisation, sans laquelle l'étranger ne pourra exercer les hautes fonctions politiques, telles que celles de ministre ou de membre de la représentation nationale, distinction qui toutefois n'aurait guère de sens dans les gouvernements absolus.

La naturalisation doit être prononcée par la nation elle-même ou par l'autorité à laquelle elle en a remis le pouvoir. Mais de même que, dans tout gouvernement, la loi peut résulter d'un usage ancien auquel le peuple est censé avoir donné son adhésion, de même aussi un étranger qui réside depuis long-temps dans le pays, et auquel on a reconnu les droits civiques dans la pratique, peut être regardé comme les ayant définitivement acquis.

CHAPITRE V.

Des différences de Religion.

§ I.

Celui qui voudrait écrire l'histoire de la liberté de conscience, n'aurait pas à remonter bien haut pour trouver son point de départ. Il semble que toute conviction vive et profonde soit persécutrice de sa na-

ture, et que le dogme de la tolérance dérive plutôt de l'indifférence religieuse que des progrès de la raison humaine.

On a dit que le polythéisme faisait exception; qu'il ne s'inquiétait pas des nouveaux cultes; que toutes les divinités de la mythologie vivaient entre elles de bon accord; que, loin de redouter les innovations, les pontifes payens sacrifiaient aux dieux inconnus; que saint Paul même prit texte d'un autel qui portait cette inscription, DEO IGNOTO, pour prêcher à Athènes la doctrine de l'Evangile [1]. Mais le polythéisme suivait sa loi : outre que ses croyances n'étaient pas ferventes, une divinité de plus ne faisait que peupler son Olympe, sans porter atteinte à ses principes. Quand une religion incompatible avec ces principes menaça d'envahir la société, il sentit se réveiller en lui-même l'instinct de toutes les religions, et saint Paul éprouva ce que valait sa tolérance.

Je ne dis point cela pour nier le droit de liberté de conscience, mais pour montrer que le polythéisme n'eut aucune supériorité à cet égard. Le dogme de la liberté de conscience est une conquête moderne, et ce n'est que de nos jours qu'il a été donné de voir les esprits les plus sincèrement religieux reconnaître aux autres le droit de ne pas partager leurs croyances.

On a fini par comprendre que la liberté de con-

[1] Saint Jérôme (*in Epist. div. Pauli*), rapporte ainsi cette inscription : *Diis Asiæ, et Europæ, et Africæ, Diis ignotis et peregrinis.*

science est aussi sacrée que la liberté de manger ou de dormir, et qu'elle l'est même beaucoup plus, puisque l'homme est maître jusqu'à un certain point de s'abstenir de manger ou de dormir, tandis qu'il n'est pas maître de croire ce qu'il veut.

Mais si l'on a renoncé à l'absurde prétention de considérer les hommes comme libres de régler à volonté leurs croyances, si sous ce rapport la liberté de conscience n'est plus contestée, il n'est pas certain que l'on s'entende également sur le sens que ce mot *liberté de conscience* doit emporter.

Personne ne songe aujourd'hui à relever les bûchers ni à prononcer des peines afflictives contre ceux qui professeraient tel ou tel culte; mais ce n'est pas en cela seulement que la liberté de conscience consiste. Elle n'existerait pas, cette liberté, si l'égalité civile était rompue entre les divers religionnaires, si les uns pouvaient seuls parvenir aux fonctions publiques, si les autres en étaient exclus, s'ils ne pouvaient acquérir des propriétés, commercer librement, exercer les droits électoraux, contracter mariage avec d'autres sectes que la leur. Tout privilége accordé à un culte sur les autres est une violation de la liberté due à tous.

§ II.

Coup d'œil sur l'Europe. — Des Juifs.

Il s'en faut beaucoup que ces principes soient adoptés partout en Europe. Si les sectes diverses du christianisme vivent généralement en paix, les juifs sont encore traités dans plusieurs états éclairés avec une rigueur que n'ont pas déployée contre eux les siècles les plus barbares et les plus dominés par la foi.

Sous les deux premières races de nos rois, les juifs jouissaient d'une sorte d'égalité civile; ils pouvaient acheter des immeubles, ils possédaient des esclaves chrétiens; ils avaient même en plusieurs pays des juges particuliers pour leur assurer bonne justice [1]. Mais sous la troisième race, au milieu des désordres de la féodalité, ces rapports changèrent. Les seigneurs, toujours à court d'argent dans leurs querelles intestines, les considérèrent comme une matière imposable, d'un ordre inférieur aux vilains proprement dits; à tel point qu'en Allemagne on proclama droit régalien le droit de les exploiter, concurrem-

[1] V. dans Papon, *Hist. de Provence*, v. II, app., n° 39, une charte par laquelle les juifs d'Arles obtiennent le droit de se choisir trois *rectores, more consulum christianorum.*

ment avec celui de chasse et de pêche, aussi réservé au souverain territorial[1].

C'est aussi l'Allemagne, la débonnaire Allemagne, qui a conservé jusqu'à nos jours dans ses Codes les dispositions les plus intolérantes contre eux.

En Autriche, où ils ne peuvent résider que moyennant un permis de séjour qui doit être renouvelé tous les trois ans, ils ne peuvent acheter d'immeubles qu'avec une permission du souverain. Et par une politique bizarre, on a vu quelquefois des banquiers israélites, anoblis par le prince, ne pouvoir obtenir cette permission, et n'être pas dispensés, malgré leur blason, de faire renouveler leur permis de séjour à la police[2].

Ce n'est que de nos jours qu'à Francfort fut abrogée la loi qui défendait aux juifs de contracter plus de douze mariages par an[3]; et en 1835 une ancienne loi du Hanovre, qui sans doute subsiste encore, ne permettait qu'au fils aîné des familles juives de se marier.

Généralement, la loi leur refuse toute capacité politique. Cependant, dans le Würtemberg, ils peuvent être admis à tous les emplois publics, mais non à la représentation nationale, parce que quand on révo-

[1] Forti, *delle Istituzioni civili*, t. II, p. 51. — V. aussi Capefigue, *Histoire des Juifs*; — Brussel, *des Fiefs*, t. II, p. 582; — Delamarre, *Traité de la Police*, t. I, p. 300.

[2] Revue Fœlix, t. II, p. 623 (article de M. Riesser.)

[3] Cette loi fut abrogée par le sénat, seulement le 26 février 1834.

qua les lois qui les concernaient, on ne voulut pas toucher à la loi constitutionnelle de 1818, qui prononçait leur exclusion.

Au contraire, dans le duché de Brunswick, ils sont électeurs et éligibles d'après la constitution, mais ils ne peuvent remplir aucun emploi par les lois anciennes auxquelles on n'a pas encore voulu retoucher.

La bourgeoisie, qui se console, par l'infériorité des juifs, de sa propre infériorité vis-à-vis la noblesse, paraît ne pas voir d'un mauvais œil l'inégalité de condition où la loi persiste à les retenir [1].

Ailleurs, ils sont plus sévèrement traités encore. Dans la Norwége, aucun juif n'est toléré; et lors du congrès scientifique qui eut lieu à Christiania en 1843, il fallut une permission spéciale du gouvernement pour autoriser les savants israélites à s'y rendre temporairement. Les gens du pays justifient cette exclusion complète, en disant qu'il n'existe aucun juif dans tout leur royaume, et que par conséquent cette loi ne frappe personne: comme si ce n'était pas le vice même de la loi, qu'elle n'ait personne à frapper!

Beaucoup de personnes qui se défient des théories absolues quelles qu'elles soient, paraissent croire que la loi a raison de ne pas admettre les juifs à la participation de tous les droits des citoyens, si par le fait ils forment dans l'état une caste privilégiée

[1] Riesser, *ubi supra*.

par sa dégradation et sa démoralisation. Mais il faudrait d'abord s'assurer si cette démoralisation n'est pas le résultat même de l'injustice de la loi à leur égard. Rien n'est plus propre à tenir les hommes dans l'avilissement, que de les traiter aux yeux de tous comme des êtres avilis.

A ce propos, je me contenterai de citer un fait significatif: Les juifs d'Amsterdam formaient, de 1780 à 1806, le dixième de la population, et de ce dixième sortait le neuvième des malfaiteurs; en 1806, époque où leur position fut améliorée, ils ne fournirent plus que le 1/13 des crimes; et lorsqu'enfin, en 1811, ils obtinrent leur émancipation totale, ce nombre descendit subitement au vingtième [1].

La France, au surplus, peut s'honorer d'avoir, la première, donné l'exemple de la justice, en accordant aux juifs l'égalité complète devant la loi.

§ III.

Des Mariages mixtes.

Une question qui se rapporte à la différence des religions, mérite d'être examinée ici à cause de son importance spéciale. Je veux parler de celle des mariages

[1] Schoen, *Statistique générale*, p. 149.

mixtes, qui a si souvent causé des troubles dans les états de l'Europe [1].

La loi, sans doute, ne doit point défendre ces mariages, parce qu'elle ne doit point s'ingérer dans les convictions religieuses. Mais une question qui se représentera presque inévitablement, soit que la loi prenne soin de la trancher, soit qu'elle ait gardé le silence, est celle qui consiste à déterminer le culte dans lequel les enfants issus de ces mariages devront être élevés. On sent alors le besoin d'une décision de l'autorité, parce qu'il ne s'agit plus de la liberté personnelle de conscience, mais d'un débat entre plusieurs personnes, peut-être entre plusieurs familles, sur la religion à donner à des enfants incapables encore de se prononcer par eux-mêmes.

On peut ramener les dispositions des diverses législations à ce sujet à trois systèmes principaux, susceptibles de se formuler ainsi :

1° Décider la question d'autorité; dire, par exemple, que tous les enfants seront élevés dans la religion du père, ou que les fils seront élevés dans la religion du père, et les filles dans celle de la mère, en refusant aux parents eux-mêmes le droit de déroger à la disposition du législateur [2].

[1] Les anciens jurisconsultes traitaient déjà cette question. V. Carpzovius, *de eo quod justum est circa Nuptias pers. div. Relig.*, 1735.

[2] Par exemple la loi de Hanovre du 31 juillet 1826. — En Prusse, les enfants doivent être élevés dans la religion du père,

2° S'en rapporter aux stipulations qui auront été faites à ce sujet dans le contrat de mariage, ou du moins ne poser de règles que pour le cas où il n'existerait pas de ces stipulations [1].

3° Garder un silence absolu, comme le fait notre loi française, ce qui laisse même dans le doute si les pactes des époux dans le contrat de mariage auraient quelque valeur légale [2].

De ces trois systèmes, le premier, qui substitue la volonté du législateur à celle des familles, paraît devoir être rejeté, comme subordonnant tout à une mesure unique, soit par des considérations politiques, soit afin de sortir de difficulté par un expédient. Mais ce n'est point ainsi que doivent se résoudre les questions qui touchent à la conscience.

et aucune dérogation contractuelle n'est permise aux parents, d'après la déclaration du 21 novembre 1803. C'est pour maintenir cette déclaration, à laquelle le clergé catholique refuse d'adhérer, que le gouvernement prussien a cru devoir se porter à des actes de violence aussi regrettables qu'inutiles. — En Danemarck, tous les enfants doivent être élevés dans le protestantisme.

[1] Bavière, édit du 26 mai 1818. — Würtemberg, loi du 14 mars 1817. — *Sic etiam* dans le grand-duché de Bade.

[2] On peut encore citer beaucoup de lois qui s'écartent de ces idées : notamment celle de Weimar (27 oct. 1823), suivant laquelle les enfants sont élevés dans la religion de la famille la plus anciennement domiciliée dans le pays, avec cette disposition formelle, que jamais les enfants ne pourront être élevés dans deux religions différentes ; — celle du royaume de Saxe (1er novembre 1836), qui ne reconnaît de force aux conventions des parents que si elles sont faites en justice, etc.

Ne rien décider, à l'exemple de notre législation, dont l'esprit semble même être de ne pas reconnaître de valeur aux stipulations des parents à cet égard, est un parti dont les inconvénients sont atténués peut-être dans un pays où presque tous les citoyens professent la même religion, mais qui en présenterait de très-grands là où les sectes dissidentes sont nombreuses. D'ailleurs, c'est attribuer en définitive la décision de la question au mari, seul revêtu par la loi de la puissance paternelle.

Cependant, est-il raisonnable de considérer la solution d'une difficulté de cette nature comme rentrant dans l'exercice de la puissance paternelle ? Il n'y a pas de puissance paternelle ou autre qui s'étende sur les choses de conscience. Un mari incrédule aurait donc le droit de refuser toute éducation religieuse à ses enfants, même de s'opposer à ce qu'ils soient baptisés, et par-là de blesser leur mère dans ses convictions les plus vives, au mépris des promesses solennelles qui l'avaient décidée à contracter mariage! D'ailleurs, si l'on faisait dépendre la question de la puissance paternelle, la mère, après la mort du père, aurait donc aussi le droit de faire changer de religion à ses enfants !

Ces considérations me font penser que ce qu'il y a de mieux à faire en cette matière, est de s'en rapporter à l'accord des parents ; que la loi ne doit point tracer une règle inflexible, uniforme; que, ne pouvant point, d'un autre côté, consulter la volonté des principaux intéressés, qui sont les enfants, elle doit con-

sulter celle des personnes les plus intéressées après eux, mais qu'ici l'autorité maritale n'implique aucune prépondérance; qu'enfin, la loi la mieux faite serait peut-être celle qui exigerait, comme condition préalable dans ces sortes de mariages, que les futurs époux eussent réglé ce point amiablement entre eux.

Dans tous les cas, quelles qu'eussent été les stipulations faites, personne ne serait recevable à porter plainte, si les époux, d'un commun accord, élevaient leurs enfants dans telle ou telle foi religieuse.

CHAPITRE VI.

De l'Influence du Sexe sur la Capacité civile.

La distinction des sexes est l'œuvre de la nature; mais la différence des capacités civiles d'après le sexe est l'œuvre de la loi.

Les hommes ont en général manifesté leur puissance en assignant aux femmes un rang inférieur dans la société et dans la famille, soit en les excluant de toutes fonctions publiques, soit en leur refusant le droit de succession, soit en les mettant toute leur vie en tutelle.

Suivant Montesquieu, les femmes seraient esclaves

dans les états despotiques, captives aussi par les mœurs dans les républiques, d'où le luxe est banni; et elles ne seraient libres que dans les monarchies tempérées [1].

D'autres philosophes ont prétendu poser cette règle diamétralement contraire, que la liberté civile des femmes est en raison inverse de la liberté politique des hommes, parce que, là où les femmes sortent de leur retraite, la corruption se répand, et, à la suite, le despotisme ne tarde pas à paraître [2]; mais tous ces systèmes exclusifs sont également démentis par les faits.

Les femmes étaient en tutelle toute leur vie chez les anciens Romains, comme elles le sont encore aujourd'hui dans le Danemarck, en Suède, en Norwége, dans le duché de Bade, sous des formes de gouvernement très-diverses. Elles sont fort libres en France, en Espagne et en Italie, et beaucoup plus encore en Russie, où l'autorité maritale est inconnue. La liberté politique des hommes n'a donc pas d'influence sur leur condition.

Il serait plus vrai d'expliquer ces différences par l'histoire. Le droit romain, dans l'état où nous le transmirent les empereurs, était devenu assez équitable pour les femmes. Au contraire, les races germaniques les traitèrent avec rigueur. La femme ne maniait pas l'épée; elle n'entrait pas au plaid des

1 *Esprit des Lois*, liv. VII, ch. 9.
2 LINGUET, *Théorie des Lois civiles*, t. I, p. 369.

hommes libres. Il lui fallait donc un représentant, un protecteur (*mundualdus*) qui parlât pour elle. La femme, par elle-même, n'était jamais capable, et la veuve, qui n'avait plus son mari pour maître, retombait sous la tutelle de son fils[1].

Les peuples slaves de leur côté, sans accorder à la femme une égalité complète, presque impossible à comprendre à une époque de barbarie, sans leur donner notamment le droit de succession concurremment avec les hommes, ne connurent jamais du moins le système des tutelles perpétuelles ni aucune autre limite à leur liberté[2].

Lorsque les races se furent surmarchées et confondues par les conquêtes pour former les peuples modernes, l'élément qui se trouva prépondérant fit prévaloir ses traditions et ses usages, qui s'imprimèrent fortement dans les lois.

Ce qui est vrai, c'est qu'à mesure que les lumières se sont répandues, et avec elles le sentiment de la justice, les femmes se sont tirées de la position presque servile que les lois leur avaient faite. Par une progression lente, elles sont sorties de l'esclavage du gynécée pour s'élever peu à peu à un rang d'égalité avec les hommes.

Toutefois, les femmes ont trouvé de nos jours des défenseurs qui se sont demandé si cette égalité était

[1] On en trouve encore des exemples en Suisse, en 1374. — Bluntschli, *Histoire du Droit de Zurich*, t. I, p. 294.

[2] Reutz, p. 220 et 417.

ce qu'elle devait être. Pourquoi les femmes, ont-ils dit, ne sont-elles pas aptes à toutes les fonctions politiques comme les hommes! Pourquoi tant d'incapacités qui pèsent sur elles? Sont-elles inférieures aux hommes par l'esprit? Non sans doute; et si elles l'étaient par le savoir et par l'expérience, cela tiendrait précisément aux vices du système qui les tient éloignées des affaires. Les lois qui les concernent, poursuit-on, ne sont pas plus conséquentes qu'elles ne sont justes : car les femmes peuvent monter sur le trône, qu'elles ont quelquefois rempli avec éclat. Mais en cette matière, qui peut le plus ne peut pas le moins : tous les principes seraient renversés si elles géraient une perception ou si elles rendaient la justice.

J'essaierai de répondre aux avocats de l'émancipation des femmes, en distinguant entre la capacité politique et la capacité civile. Sous le simple rapport civil, les femmes, en effet, ont droit à l'égalité avec les hommes. Au contraire, en ce qui touche le droit public, leur incapacité peut se déduire philosophiquement des raisons suivantes :

1° *Inégalité de force.* — La force ne fait pas le droit; mais il ne serait pas sage du moins de placer le plus fort dans une situation où il serait tenté de se révolter contre le plus faible. Si les femmes avaient part à la direction des affaires, toutes les fois que les hommes auraient le dessous, l'insurrection leur paraîtrait un devoir.

2° *Inégalité de services rendus à l'état.* — Les femmes ne versent pas leur sang pour leur pays : ne serait-il

pas singulier qu'elles prétendissent au droit d'envoyer les hommes se faire tuer sur le champ de bataille? Ceux qui sont appelés à supporter les charges ont droit aux compensations.

3° *Pudeur naturelle au sexe.* — Peut-être trouvera-t-on que c'est là un préjugé. Cependant c'est un préjugé bien général et bien vivace, et l'on sent qu'il ne convient guère que les femmes discutent toutes les questions, se mêlent de toutes les affaires qui font la matière de la politique. Une assemblée délibérante, mi-partie d'individus des deux sexes, mettrait en mouvement bien des influences occultes, et les apostasies s'y renouvelleraient fréquemment[1].

4° *Paix intérieure des familles.* — Si une femme pouvait être promue à des fonctions élevées, pendant que son mari végèterait dans un emploi subalterne, la paix du ménage serait en danger. Que serait-ce si, la politique s'en mêlant, le mari votait pour le ministère, et la femme pour l'opposition?

Tels sont les motifs qui justifient l'incapacité des femmes quant au droit public. Sous le rapport du droit privé, l'on ne trouve rien dans la raison qui doive leur assigner une position inférieure : car elles ont droit à la même protection que les hommes pour leur personne et pour leurs propriétés.

Cependant on n'en juge pas ainsi dans plusieurs pays où la condition des femmes est surchargée d'in-

[1] *Vinum et mulieres apostatare faciunt sapientes.* ECCLESIAST., c. 19, v. 2.

capacités de toute espèce, notamment en Suède et en Norwége, où elles sont en tutelle toute leur vie, où elles ne peuvent tester, de peur que les biens ne sortent de leurs familles, et où elles sont inhabiles aux professions commerciales, par suite de leur incapacité d'aliéner. Les jurisconsultes chargés d'appliquer ces lois en vantent les effets salutaires, qui sont, suivant eux, de fortifier le lien de famille; d'inspirer aux femmes de la retenue, de l'amour pour la retraite, et un esprit de résignation; de leur donner une grande foi dans la probité des hommes et du respect pour leur autorité [1]. Tout cela est possible, quoiqu'on ait peine à s'expliquer pourquoi les entraves de la loi, qui pèsent exclusivement sur les filles et sur les femmes mariées, se lèvent comme par enchantement pour les veuves. Mais quand il serait très-désirable d'inspirer aux femmes du respect pour l'autorité des hommes et de la résignation, il n'est pas clair que la loi ait le droit en toute justice de les tenir en tutelle perpétuelle, et de les priver du pouvoir d'aliéner leurs biens, pour atteindre ce but dont elles ne sentent peut-être pas elles-mêmes la haute convenance.

Les différences établies entre les deux sexes, soit pour la capacité politique, soit pour l'obligation aux charges de l'état, soit pour l'aptitude à certains contrats, ont attiré l'attention de quelques législateurs

[1] V. un article de M. Schweigaard, professeur à Christiania, dans la *Revue Fœlix*, t. II, p. 193.

sur une classe d'êtres assez peu nombreux pour qu'on ait pu sans danger les passer sous silence : je veux parler des hermaphrodites.

« Lorsque les enfants sont nés hermaphrodites, lit-on dans le Code prussien, les parents déterminent le sexe dans lequel ils doivent être élevés. Quand ils ont atteint leur dix-huitième année, ils choisissent eux-mêmes leur sexe pour régler leurs droits [1]. »

Cette élection de sexe, qui paraît bizarre, n'est qu'une tradition du droit du moyen âge. Balde, Albéric, le cardinal d'Ostie, indiquaient ce moyen comme l'expédient le plus naturel en pareil cas [2].

C'était surtout par rapport au mariage que l'on faisait faire un choix solennel à l'hermaphrodite, avec serment de s'y tenir. Les peines les plus graves attendaient celui qui aurait manqué à ce serment [3].

L'élection du sexe passait généralement pour perpétuelle; et l'on avait repoussé l'opinion de Sanchez, qui ne réputait ce choix obligatoire que pour le mariage actuel, en permettant à l'hermaphrodite de faire un choix contraire en secondes noces [4].

[1] Code prussien, *des Successions*, tit. I, part. 1, art. 19.

[2] V. Bald., *in l.* 10 *de Stat. Hom., ff.*; — Alber., *ibid.*; — Hostiens., *in Summ.*, tit. de Test., § *quis possit esse test.*, n° 2.

[3] On citait l'exemple d'un hermaphrodite de Valence qui, après s'être marié en optant pour le sexe viril, était accouché d'une fille en 1643. Il échappa à la peine du feu, parce qu'il prouva qu'on avait oublié de lui faire prêter serment. V. Moller, *de Cornutis et Hermaphroditis*, Berol., 1708, c. VI, p. 179.

[4] Sanchez, *de Matrim.*, lib. VII, disp. 106, n° 8.

CHAPITRE VII.

De la Famille.

Il nous reste à considérer l'homme dans son troisième état, c'est-à-dire dans la famille.

Germe primordial de l'état, association du destin, la famille est supérieure à la loi, qui doit la respecter comme un de ces faits que la société trouve établis indépendamment de toute convention humaine. Elle doit hésiter long-temps avant de mettre le pied dans ce sanctuaire où l'homme reçoit ces premières empreintes si importantes pour son avenir, et où il puise ces fortes affections qui le soutiendront plus tard dans la vie.

Cependant, toute nécessaire que soit la famille, son organisation a varié suivant les temps et suivant les lieux. Elle paraît d'autant plus fortement constituée que la société politique l'est moins, comme si les hommes, à mesure que le pouvoir social les protège davantage, oubliaient plus facilement le lien du sang qui les unit. Chez les peuples barbares, les générations sont lentes à se séparer; la solidarité du danger entretient l'esprit de clan; et le premier cri d'alarme

réunit tous les parents pour la défense de l'un d'entre eux.

Au contraire, quand la société est paisible, quand la loi est vigilante, surtout quand l'esprit de commerce chasse les hommes sur toutes les voies du gain, la famille se disperse de bonne heure, et les relations de parenté cessent d'être cultivées.

Et comme la famille est la base de la société, les altérations qu'elle subit réfléchissent sur toutes les parties de la loi : sur la puissance paternelle qui sera plus ou moins fortement organisée ; sur la condition des femmes, qui auront plus ou moins d'indépendance selon que la faiblesse sera plus ou moins protégée contre la force ; sur le mariage, qui sera prohibé ou permis entre les proches parents ; sur la constitution de la propriété enfin, par le plus ou moins de liberté dans le droit de disposer, par les légitimes, par les retraits, par les droits successoraux, par toutes ces institutions qui varient suivant que l'on considère le patrimoine comme l'avoir d'un seul ou comme le bien commun de la lignée.

Les Romains, cette race d'hommes égoïstes, âpres au gain comme à la gloire, mais peu capables des tendres affections, ne virent dans la famille qu'une subdivision politique de l'état. Ils l'organisèrent au profit d'un chef unique à la puissance absolue duquel tout le reste fut sacrifié. Mais en attachant du prix à sa perpétuation, ils en firent, au moyen des adoptions, des émancipations et de l'agnation, une combinaison si savante, que le lien du sang n'y comptait

presque plus. C'est surtout ce caractère artificiel qui forme le trait distinctif de la famille romaine.

L'esprit du moyen âge, au contraire, qui fut agricole et religieux, honora surtout dans la famille le lien de la parenté. Il tendit à resserrer l'union des parents par le respect du sang, et à les fixer sur l'héritage des ancêtres. De là tant d'obstacles qui paralysaient le droit d'aliéner dans la main du propriétaire; de là ces retraits si multipliés; de là la distinction des biens d'après leur origine; de là enfin tant de précautions pour empêcher le propriétaire actuel de dépouiller les générations futures.

Nulle part l'histoire ne nous montre la famille présentant le degré de cohésion qu'elle eut chez les peuples slaves. Là le père, la femme, les enfants, ne font qu'un tout, n'ont qu'un patrimoine; la puissance du chef de la famille est rigoureuse, mais lui-même est assujetti à la loi de l'indissolubilité. Le statut d'Iglau défend au père d'entreprendre un voyage sans le consentement de sa femme et de ses enfants, à moins que ce ne soit pour aller en pélerinage à Jérusalem[1]. Dans le génie de ces peuples, la mort du père ne faisait pas cesser l'habitation commune; les biens restaient indivis entre la veuve et les enfants, quelquefois pour plusieurs générations. Et cet usage était si bien dans leurs mœurs, qu'en plusieurs pays il s'observe encore[2].

[1] Maciejowski, *Histoire du Droit slave*, t. iv, § 297.
[2] Encore aujourdhui chez les Monténégrins, à la mort du

Nous ne prétendons pas donner pour modèle cet état de choses qui n'est plus conforme à nos idées. Mais il faut se garder aussi de l'exagération des philosophes qui ont placé dans la famille la source de l'esprit de rivalité et d'égoïsme étroit dont souffre la société d'aujourd'hui. A les en croire, il faudrait, pour remédier au mal, prendre l'homme *ab ovo* pour le soustraire à l'influence des soins paternels, et le livrer à l'état, qui lui donnerait une éducation nationale : pensée qu'ont sérieusement développée Platon, Rousseau, Helvétius, et de nos jours Fichte, Saint-Simon et Fourier.

Comme s'il pouvait y avoir une tyrannie plus cruelle que celle qui enlèverait les enfants à leurs parents, sans respect pour ces liens de tendresse qui sont les premiers droits de l'humanité!

Le tort des philosophes est de considérer les hommes comme des unités numériques auxquelles ils auraient départi une certaine quantité de perceptions. Ils croient après cela qu'on peut les jeter dans un moule unique. Mais la nature humaine est trop ondoyante pour s'accommoder de cette uniformité de traitements. L'éducation domestique peut seule

père, celui des frères qui est le plus capable, sans distinction de primogéniture, devient chef de la maison (kutnoj starieszina). Comme tel, il conclut les marchés, il vend et achète, reçoit les étrangers et mange à table avec eux, tandis que le reste de la famille mange avec les gens. Souvent plusieurs familles s'associent ensemble en se choisissant un chef, et à sa mort un de ses enfants lui succède. (*Ubi supra.*)

puiser dans l'affection et la confiance mutuelle cette souplesse qui s'accommode à tous les caractères, cette perspicacité qui pressent les vocations, cette persévérance qui change de moyens jusqu'à ce que l'obstacle soit vaincu, cette toute-puissance morale enfin qui n'appartiendra jamais à des maîtres gagés.

Au surplus, ces plans d'éducation en commun, qui seraient la destruction de la famille, se sont renouvelés d'âge en âge, sans avancer vers leur réalisation; et toutes les fois que leurs inventeurs ont prétendu les préciser, le ridicule en a fait justice.

C'est que la famille répond mieux aux besoins de l'homme que toutes les rêveries des philosophes humanitaires [1].

[1] Si l'on veut prendre une idée de ces rêveries, on peut consulter le programme d'éducation phalanstérienne, tel que l'a tracé Fourier dans le *Monde Industriel*. La jeunesse y est distribuée en neuf catégories d'après l'âge: ce sont les nourrissons, les poupons, les lutins, les bambins, les chérubins, les séraphins, les lycéens, les gymnasiens, et les jouvenceaux, qui, suivant la catégorie à laquelle ils appartiennent, sont dirigés par des bonnins et des bonnines, des mentorins et des mentorines, des kans et des druides, appliqués à développer les dix passions de l'impuberté et les douze passions de la puberté, dans l'échelle des cent dix-huit tempéraments. Les deux sexes vivent confondus sans aucune contrainte; mais cette liberté même est la garantie de la chasteté. Ceux des jeunes gens dont les mœurs sont les plus irréprochables forment le corps du vestalat, dont la destinée peut être splendide: car c'est parmi les vestales que sera choisie l'Omniarque, régnant sur toute la terre; l'Auguste, régnant sur 1/3 du globe; la Césarine, sur 1/12; l'Impératrice, sur 1/48; la Kalife, sur 1/144; la Soudane, sur 1/576; la Reine, sur 1/1728, etc.

CHAPITRE VIII.

Du Mariage.

De tous les actes de la vie civile, il n'en est pas d'aussi important à régler que le mariage, qui non-seulement décide du bonheur ou du malheur d'une foule de citoyens, mais qui jette sans cesse dans la société les jeunes générations qui la renouvellent. C'est ce qui m'excusera de considérer ici avec quelque attention cette noble institution, dénaturée plus que toute autre par l'abus du droit de la force.

§ I.

Du Mariage au point de vue historique.

Le mariage ne fut pas considéré d'abord comme une association volontaire de deux êtres égaux en droit, mais comme un achat par lequel l'homme acquérait la propriété exclusive d'une ou de plusieurs femmes, pour les faire servir à perpétuer sa famille[1].

[1] C'est une remarque très-bien faite par Linguet dans sa *Théorie des Lois civiles*, livre dont l'idée fondamentale est de démontrer que toutes les institutions dérivent de l'esprit de propriété; ici du moins, il a rencontré juste.

C'est ce que témoigne la forme de la *coemptio*, en usage sans exception chez tous les anciens peuples, même chez ceux qu'on peut le moins suspecter de s'être entendus, tels que les Juifs, les Romains, les Islandais [1]. Quelques-uns même eurent le soin de fixer un prix légal de la femme pour le cas où ce prix ne pouvait pas être débattu de gré à gré, par exemple dans le cas où le mariage était forcé pour cause de séduction. C'est ce que fit Moïse [2].

La femme n'était point consultée dans cet acte de commerce dont elle était l'objet. Son père avait à s'entendre avec le mari. Voilà pourquoi les lois romaines ne classent point le mariage parmi les *contrats*, mais parmi les *états;* voilà aussi pourquoi elles énumèrent parmi les conditions essentielles du mariage le consentement des ascendants, et non celui des enfants eux-mêmes, quoique, à une époque plus récente, il soit certain qu'ils devaient aussi consentir.

On s'explique par l'absence du consentement de la femme, comment on put concevoir chez certains peuples l'idée des mariages *légaux*, c'est-à-dire formés par la loi elle-même de plein droit entre certaines personnes, comme celui des épiclères d'Athènes, que la loi déclarait les épouses de leur agnat

1 Michaelis, *Droit Mosaïque*, t. II, § 85.—D'après le Grâgâs, le plus ancien Code d'Islande, il n'y a pas de mariage légitime, si la femme n'a pas été achetée au moins un marc. Quant aux Romains, la *coemptio* de leurs lois est connue.

2 La femme doit être payée dans ce cas cinquante sicles d'argent, prix commun d'un esclave (Michaëlis, *ubi suprâ*).

le plus proche, fussent-elles même déjà dans d'autres liens [1].

Le mari, devenu propriétaire de sa femme par achat, dut se croire un droit absolu sur elle. Il la répudia quand elle lui déplut, surtout quand elle était stérile : car chez les peuples primitifs, la propagation de la famille est le but auquel on sacrifie tout. La femme n'eut pas le même droit. Et de fait l'histoire apprend que partout où la *coemptio* est réelle, la femme n'a pas le droit de divorcer.

L'idée de perpétuer le sang de la famille fut tellement impérieuse chez quelques nations, qu'elle autorisa des coutumes pieuses peut-être à leurs yeux, quoiqu'elles nous paraissent aujourd'hui condamnables. De ce nombre était celle des Indiens qui permettait au mari, quand son mariage était infécond, de se faire suppléer par son frère ou son plus proche parent (*Sapinda*) [2].

Les lois civilisées de la Grèce consacrèrent elles-mêmes cette coutume, qui n'était pas entièrement éteinte dans le moyen âge [3].

On trouve l'analogue de cet usage dans la *lévi-ration* des Hébreux, sauf qu'ici c'est le frère survivant qui supplée le frère décédé sans postérité. Le

[1] *Vid.* t. I, p. 206.

[2] *Lois de Manou*, IX, 57-64. Elles déclarent toutefois que ce fait, louable autrefois, n'est plus permis dans nos temps de corruption.

[3] PLUTARQUE, *Vie de Solon*. — GRIMM, *Antiquités du Droit*, p. 445.

premier fils né de cette union forcée porte le nom du mort et hérite de son patrimoine [1].

Quand les idées de justice se développent, on reconnaît une personnalité à la femme ; elle cesse d'être considérée comme un objet commerçable. Alors la *coemptio* n'est plus qu'un symbole ou une tradition des anciennes mœurs. Alors aussi la future épouse doit donner son consentement à l'union qu'elle va former. Ce n'est plus à son père, c'est à elle-même que le mari promet l'ancien prix de la vente, sous la forme d'une dot ou d'un douaire, dont l'utilité se fera surtout sentir s'il vient à prédécéder ou s'il la répudie. Plus tard, quand l'épouse apporte elle-même sa dot à son mari, c'est un signe qu'elle a déjà conquis un notable degré d'indépendance, et qu'elle entre dans l'association conjugale, presque sur le pied de l'égalité.

Dans cette seconde période, la femme émancipée devint trop libre. Elle acquit le droit de répudier son mari, qui perdit toute autorité sur elle. Ce droit du divorce devint d'un si fréquent usage des deux parts, que le mariage n'était plus qu'un va-et-vient continuel, une sorte d'adultère successif, sans stabilité et sans gravité. Tel était le spectale que présentait la société romaine dans les premiers temps de l'empire [2].

[1] *Léviration*, du mot latin *levir* (beau-frère). — V. à ce sujet Pastoret, *Histoire de la Législation*, t. IV, p. 12.

[2] Il faut lire le tableau de la dégradation du mariage dans le livre de M. Troplong, *de l'Influence du Christianisme sur le Droit civil des Romains.*

Le christianisme ne crut pouvoir régénérer cette institution que par le dogme de son indissolubilité. Il lui imprima le caractère de sacrement, pour l'élever au-dessus de la sphère des transactions privées que règle la seule commodité des parties. Nouveau progrès d'égalité pour la femme, qui a toujours le plus à perdre en changeant de liens! Mais la religion chrétienne eut de la peine à faire accepter ce dogme, que repoussaient les habitudes des peuples. La lutte dura des siècles entre les souverains pontifes et les rois; elle fut souvent marquée par des négociations et des concessions réciproques, jusqu'à ce qu'enfin la doctrine de l'Eglise fut définitivement fixée par le concile de Trente, en faveur de l'indissolubilité absolue.

C'est ainsi que les idées marchèrent depuis les anciens jusqu'à nos jours, en consacrant toujours de plus en plus la protection de la femme contre la puissance du plus fort, et en s'élevant du point de vue purement matériel à des rapports moraux que nos pères n'avaient pas devinés.

§ II.

Du Mariage au point de vue philosophique.

En laissant de côté les traditions, et en n'envisageant le mariage que d'après les lumières de la pure raison, que doit-il être? Et d'abord, est-il possible de trouver dans la nature de l'homme quelque chose

qui démontre la nécessité du mariage, comme distinct de l'union fortuite des sexes?

A cette question, que des philosophes ont avoué ne pas pouvoir résoudre, il est facile de répondre que l'état de promiscuité où vivent les bêtes serait pour l'homme un état de guerre continuelle; que les pères ne pourraient y connaître leurs enfants; que ce serait la destruction de la famille; que la croissance de notre espèce est lente, que les enfants y ont besoin pendant long-temps d'une protection que leur mère seule ne pourrait leur accorder; qu'enfin l'obligation morale d'assister la mère pendant sa grossesse et après l'accouchement, emporte pour le père l'idée d'une association durable avec elle. C'est par-là que le mariage est de droit naturel, c'est-à-dire qu'il devrait exister même indépendamment des lois positives.

Il y a plus : le mariage ne repose pas seulement sur les devoirs des époux envers leur descendance.

Tout le monde convient que si l'homme est porté à l'union des sexes par un penchant naturel, cet acte est dégradant pour sa nature, lorsqu'il le satisfait à la manière des bêtes. De là vient que le nom en est réputé déshonnête chez tous les peuples. Ce qui rend cet acte avilissant, c'est de n'y chercher qu'une pure satisfaction des sens; ce qui l'ennoblit au contraire, c'est l'idée de l'amour moral, qui réunit les ames plus encore qu'il ne réunit les corps. On ne comprend point le mariage sans cet amour durable qui confond la personne des époux; qui se cimente par

les joies de famille, par les malheurs même éprouvés en commun; qui leur fait trouver un appui l'un dans l'autre pour résister aux coups du sort; qui les associe en toute chose, dans l'éducation de leurs enfants, dans le labeur de chaque jour, dans les infirmités de la vieillesse, dans cette vie de famille enfin, si nécessaire à l'homme, précisément parce qu'il est homme, c'est-à-dire parce qu'il pense au lendemain et sent peser sur lui le poids de l'avenir.

Le mariage est donc une association de l'homme et de la femme pour perpétuer leur espèce: c'est par-là qu'il se rapproche des unions des animaux. Mais c'est de plus une association pour élever leurs enfants et pour s'aider mutuellement à supporter les charges de la vie; c'est par-là qu'il s'approprie à la nature raisonnable de l'homme.

De là il est possible de déduire toutes les conditions que cette union devra présenter:

1° *Le consentement libre des époux.*—Car sans cela le mariage ne leur garantirait pas l'avenir de concorde et de bonheur qu'ils doivent en attendre.

2° *La faculté d'engendrer.*—Le mariage a deux buts essentiels, la procréation des enfants et l'assistance mutuelle des époux. Il faut que ces deux buts aient pu être atteints *ab initio* pour que le mariage existe. Mais s'il a existé, il n'en faut pas conclure que la perte de la faculté d'engendrer en opèrera la dissolution: car il subsiste alors pour le second but, qui n'est pas moins essentiel.

3° *Egalité de droit entre les époux.* — Le droit de la

force pourrait seul assigner à la femme une position inférieure, incompatible avec l'idée d'amour que le mariage présuppose. Cependant nous n'entendons point proscrire une autorité maritale exercée dans les limites de la raison, puisque dans toute association il faut un chef, et qu'il est juste que ce chef soit celui qui est le plus à même de la protéger.

4° *Perpétuité intentionnelle de l'union.*—On ne concevrait pas que les époux puissent se marier pour trois ans ou pour six ans : car l'amour, qui doit être supposé le motif de leur union, ne peut pas comporter la prévision de sa fin. D'ailleurs, un pareil marché serait toujours lésionnaire pour la femme, qui ne se retirerait pas de l'association avec les avantages de jeunesse et de beauté qu'elle y aurait apportés. Cependant tout ce qui suit de là, c'est qu'il serait contradictoire que les époux déclarassent s'unir pour un temps donné; il ne s'ensuit pas, comme nous le dirons ailleurs, qu'ils ne puissent pas plus tard résoudre leur contrat d'un commun accord.

CHAPITRE IX.

Des Conditions essentielles du Mariage.

§ I.

Du Consentement des Epoux.

La première condition du mariage est le consentement des époux, et l'on peut même s'étonner que ce principe ait pu être méconnu de tant de peuples.

Il faut de plus que ce consentement soit *libre*, c'est-à-dire exempt de violence et d'erreur.

La violence est ce qui vicie le plus le consentement, puisqu'elle paralyse la volonté même. La seule crainte révérentielle des enfants pour leurs parents ne serait pas une cause de nullité, parce qu'il y a impossibilité d'en mesurer l'effet. Il n'en serait pas de même si des mauvais traitements avaient été employés, circonstance heureusement de plus en plus rare dans nos mœurs. Au moyen âge, au contraire, le nombre des mariages fruit de la violence était très-grand, parce que les souverains féodaux abusaient de leur autorité pour marier leurs vassales dans des vues d'ambition personnelle. C'est ce qui explique l'excommunication lancée par le concile

de Trente contre les puissants qui gênaient la liberté des mariages [1].

Le second vice du consentement est l'erreur, qui devrait n'être regardée comme entraînant nullité en cette matière que sous les deux conditions suivantes : 1° qu'elle eût été causée par le dol de l'autre partie ; 2° qu'il fût évident que sans elle le consentement n'eût pas été donné.

La seconde condition s'explique d'elle-même. Quant à la première, je crois qu'il faut ici ne pas tenir compte de l'erreur où aurait été l'un des contractants, si le dol de l'autre n'est pas venu s'y joindre, à cause de la grande importance de ce contrat pour la société, et aussi parce qu'il n'est pas possible de remettre l'autre partie dans la même position qu'auparavant. Ce serait lui faire éprouver un préjudice presque irréparable par suite du fait d'autrui, et par suite d'un fait dont nous la supposons innocente.

§ II.

Du Consentement des Parents.

Dans le droit de la nature, l'enfant a besoin du consentement de son père, tant qu'il habite sous le même toit que lui : il n'a pas besoin du consente-

[1] Ce fut la disposition qui éprouva le plus d'opposition de la part des Princes. — V. l'*Histoire du Concile de Trente*, de F.-P. Sarpi, lib. VIII, p. 768.

ment de sa mère, qui n'est elle-même que la première des esclaves du chef de la famille. Mais aux yeux de la loi civile, d'autres idées font exiger le consentement des ascendants : idée du respect qui leur est dû, d'une part; et de l'autre, idée de protection de l'enfant contre sa propre légèreté.

La mère devra donc être consultée comme le père : sauf que, si elle est en désaccord avec lui, il est juste que la volonté du chef de l'association l'emporte.

En second lieu, le respect dû aux ascendants ne doit pas aller jusqu'à gêner sans utilité la liberté de l'enfant. Ils ont un pouvoir de protection, et rien de plus. Il faudra donc fixer un âge auquel l'enfant pourra passer outre malgré leur opposition, âge qui pourra être retardé plus que la majorité ordinaire, parce que l'homme acquiert plus tard le pouvoir de juger froidement la convenance d'un mariage, que celle des autres contrats. Il devra l'être à l'époque où, suivant les divers climats, la maturité de la raison commence à l'emporter sur la fougue des sens.

Il y a plus : comme il ne faut jamais qu'un pouvoir de protection dégénère en tyrannie, surtout dans des choses où l'occasion perdue peut ne plus se retrouver, la loi ferait bien de fixer de bonne heure un âge auquel l'enfant pût déférer le refus de son père aux tribunaux, qui pourraient l'autoriser à se marier, s'ils jugeaient ce refus injuste ou capricieux.

§ III.

De l'Age légal du Mariage.

A défaut de lois positives, il n'y aurait guère d'autre âge pour contracter mariage que celui de la puberté, qui varie suivant les individus. Mais la loi civile a dû fixer un âge qui emportât présomption de puberté, et même le retarder au-delà de l'époque où s'acquiert la capacité physique, par la considération que l'homme a besoin aussi d'être capable au moral, soit pour juger la convenance de l'union qu'il projette, soit pour se diriger dans la vie quand il sera chef de maison.

Cet âge, on le sent, doit varier d'après les climats. Mais depuis les temps anciens, il a toujours été en s'élevant : comme si la société, à mesure qu'elle se peuplait, se fût moins empressée d'autoriser le mariage ; ou comme si le législateur se fût pénétré de plus en plus de la gravité de cet acte [1].

Il est à remarquer que partout on a défendu le mariage aux impubères, mais que très-rarement on l'a défendu aux vieillards, quoique à un certain âge ils perdent aussi la faculté d'engendrer. Je ne connais que la loi Papia Poppœa chez les Romains, et au-

[1] Les lois de Manou permettent au père de marier sa fille à huit ans (liv. IX, 88).

jourd'hui le code russe, qui aient fixé une limite à cet égard [1]. Mais leur exemple n'a pas été suivi, et avec raison : car le mariage des vieillards n'a pas les mêmes inconvénients que celui des jeunes gens. Il est d'ailleurs très-difficile de déterminer l'époque à laquelle se perd la faculté de la reproduction. L'on n'a donc pas dû refuser à des personnes âgées ou infirmes le moyen d'associer leur existence et de s'aider mutuellement à la supporter.

§ IV.

De la Forme du Mariage.

Les formes du mariage devront avoir pour but d'obtenir que les conjoints donnent leur consentement sérieusement et librement, que la cité soit avertie d'avance afin que les oppositions qui auraient à se produire puissent le faire, et enfin que l'union une fois formée soit connue du public, afin que les droits des époux soient respectés.

L'antiquité ne fit rien pour atteindre ce triple but : elle considéra le mariage comme un contrat privé,

[1] La loi Papia Poppœa, abrogée par Justinien, défendait aux hommes de se marier après soixante ans, et aux femmes après cinquante ans. C'était pour les forcer à se marier plus tôt. V. l. 27 C. *de Nuptiis.* — Le Code russe (art. 3) défend le mariage après quatre-vingt-dix ans révolus. Mais il fallait au moins prendre le terme de Varron : *Octogesimus annus me admonet ut sarcinas colligam antequam proficiscar e mundo.* (De Re Rust., l. 1, c. 2.)

de même classe que la société ou le louage, et pouvant se conclure autour du foyer domestique, s'en remettant à la nature des choses pour lui donner de la publicité par la vie commune des époux. Au moyen âge un progrès se fit sentir, lorsque le mariage, devenu sacrement, dut recevoir la bénédiction du prêtre à l'église : doctrine qui cependant, n'étant érigée nulle part en règle générale, n'empêchait pas les unions secrètes. Ce fut le concile de Trente qui fit cesser les abus, en exigeant que le mariage fût précédé de trois publications et célébré devant le curé de l'un des contractants, en présence de deux ou trois témoins : dispositions si sages, que le législateur civil n'a guère fait que se les approprier, en transportant à l'officier municipal les fonctions attribuées par le concile à l'officier ecclésiastique.

Ainsi, publications faites à l'avance pour que le projet de mariage soit notoire; célébration publique devant un officier public, pour que tous en aient connaissance, et aussi pour garantir la liberté du consentement; rédaction et conservation de l'acte de mariage dans des registres officiels, pour assurer l'état des époux et la légitimité des enfants : telles sont les formes que la raison même réclame dans l'intérêt général.

Il y a un pays où tout cela n'est pas observé. Un jeune homme et une jeune fille s'échappent de chez leurs parents, montent dans une chaise de poste, et gagnent un certain village où un forgeron, qui fait métier de marier les gens et de ferrer les chevaux,

leur délivre, sans aucune publication préalable, un certificat de mariage qui les lie irrévocablement l'un à l'autre devant tous les tribunaux du royaume [1].

La maxime de Blackstone, que la loi est un château fort auquel on ne peut faire de changement sans l'affaiblir, paraît bien enracinée en Angleterre, pour qu'on y laisse subsister un pareil usage en plein dix-neuvième siècle.

CHAPITRE X.

Des Empêchements au Mariage.

On peut sans doute considérer comme empêchements l'absence de chacune des conditions essentiel-

[1] Voici la vérité sur les fameux mariages de Gretna-Green. La loi anglaise consacre sur le mariage des principes assez raisonnables, mais elle reconnaît la validité des unions contractées à l'étranger selon la loi du pays. Or, en Ecosse, la loi permet à tout homme âgé de quatorze ans, à toute femme âgée de douze ans, de former un mariage, qui est dit *régulier* quand il y a eu publications de bans et célébration devant un ecclésiastique; *irrégulier* quand il est contracté, sans bans préalables, devant deux témoins, ou devant une personne prenant le caractère ecclésiastique, ou quand il y a eu un écrit dressé par les parties (quelques lois tombées en désuétude prononcent la prison contre les mariages irréguliers, du reste aussi valables que les autres). C'est pour user du bénéfice de cette législation, que l'on gagne Gretna-Green, premier village de la frontière d'Ecosse. V. Logan, *Compendium of the Laws of England*, part. 1, p. 178.

les énumérées dans le chapitre précédent. Mais nous comprendrons ici sous ce nom certaines circonstances exceptionnelles qui peuvent faire obstacle au mariage, bien que les parties satisfassent aux conditions générales ci-dessus exprimées.

On distingue généralement les empêchements en empêchements dirimants et en empêchements prohibitifs : les premiers annullent le mariage en tout état de cause, quand même il serait déjà contracté; les seconds forment seulement un obstacle à sa célébration, mais ne l'annullent pas s'il a été contracté en fait. Nous suivrons ici cette distinction très-naturelle, en commençant par les empêchements les plus graves, c'est-à-dire par les empêchements dirimants.

SECTOIN I.

Des Empêchements dirimants.

L'on doit compter parmi ces empêchements la parenté, l'impuissance, et l'existence d'un premier mariage, dont nous traiterons dans autant de paragraphes distincts.

§ I.

De la Parenté.

Un sentiment très-violent de dégoût semble nous faire condamner l'union de certains parents, comme

contraire au droit naturel. Puis, quand nous réfléchissons que cette loi n'est pas fondée sur l'organisme, puisque les animaux ne l'observent pas [1]; quand nous pensons que beaucoup de peuples n'ont point partagé nos idées à cet égard [2]; que des législateurs ont même recommandé comme méritoires les unions que nous qualifions d'incestueuses [3]; quand nous considérons que cet empêchement de la parenté ne peut se déduire que de la raison, et que cependant la raison éprouve tant de difficultés à en trouver les motifs : nous nous prenons quelquefois à douter si nos idées sur ce point ne seraient pas le fruit des préjugés et des conventions sociales.

Ce n'est pas qu'on ait manqué de raisons à alléguer; mais elles sont toutes de telle nature, qu'on

[1] On connaît les vers d'Ovide :

. . . . Nec habetur turpe juvencæ
Ferre patrem tergo; fit equo sua filia conjux;
Quasque creavit, init pecudes caper; ipsaque cujus
Semine concepta est, ex illo concipit ales.

(Metam., x, 9.)

[2] En Egypte, les rois épousaient communément leur sœur (Pausan., i, 7. Justin, xxxviii, 8). Plutarque nous montre un exemple frappant de ce qui se pratiquait en Perse, dans l'histoire de cet Artaxerce Mnémon, qui avait épousé sa fille Atossa; Ochus, son fils, voulant le renverser du trône, promet à cette même Atossa, qui était sa sœur, de l'épouser après la mort d'Artaxerce, afin de la mettre dans son parti. *Vie d'Artaxerce*, §§ 33 et 38.

[3] Le mariage du père et de la fille, du frère et de la sœur, appelé *Kethuda* dans les livres de Zoroastre, est le seul qui jouisse pleinement de la bénédiction du ciel. V. Gans, *Erbrecht*, t. i, p. 264.

aimerait mieux ne pas les entendre citer, ou que du moins elles n'ont pas ce caractère absolu qui pourrait faire condamner ces unions en tout état de cause, par la seule force du lien du sang.

Ainsi, l'on s'étonne que Socrate n'ait rien trouvé de mieux à dire pour prouver l'illégitimité du mariage du père et de la fille, sinon qu'à cause de la disproportion des âges, ils ne donneraient probablement le jour qu'à des enfants contrefaits [1].

Bentham n'a guère été plus heureux en disant que ces unions étaient défendues parce qu'elles faciliteraient des abus prématurés nuisible au développement des individus, ou bien parce que les relations du père et de la fille priveraient celle-ci d'un établissement avantageux [2].

Les physiologistes, enfin, sont plus repoussants encore, quand ils se prévalent des expériences faites dans les haras de Bohême, pour montrer le danger du dépérissement des races par des alliances en ligne directe [3].

Tout cela est possible : mais n'est-ce donc que par des raisons d'hygiène ou des calculs d'intérêt que l'inceste est illégitime !

Quelques philosophes ont trouvé tellement difficile de rapporter des raisons valables de cette illégitimité, qu'ils se sont servis de cet argument pour

[1] V. Xenophon, *Entret. de Socrate*, iv, 13.
[2] Bentham, *Traité de Législ.*, t. i, p. 375 et 376.
[3] Virey, *Histoire naturelle du Genre Humain*, t. i, p. 295.

démontrer l'impossibilité de fonder le droit naturel sur le seul raisonnement, sans recourir à la loi révélée[1].

Il me semble que c'est cependant trop tôt désespérer de la vérité, et que l'on peut alléguer les motifs suivants pour condamner l'inceste :

1° Quoi de plus contraire à la sainte autorité d'un père sur ses enfants que des relations de galanterie? La familiarité des époux n'est pas compatible avec l'ascendant moral nécessaire au chef de famille pour qu'il puisse donner à ses enfants les exemples et les conseils qu'il leur doit toute sa vie.

2° L'intérêt de la pureté des mœurs a dû rendre le mariage impossible entre tous ceux qui vivent sous le même toit, afin qu'il n'y eût pas même espérance de pouvoir légitimer par une alliance légale des désordres que la communauté d'habitation rendrait faciles. C'en serait fait de la morale, si elle ne trouvait pas même un asile autour du foyer domestique!

3° Je ne serais pas éloigné de croire que Dieu ait mis en nous une sorte d'horreur instinctive pour les unions incestueuses, dans le but de rendre nécessaires les alliances des familles entre elles, parce qu'autrement les proches n'auraient contracté de mariages qu'entre eux, et l'un des éléments les plus puissants de la sociabilité aurait disparu[2].

Que si l'on recherche maintenant jusqu'à quel de-

[1] Selden, *de Jur. Nat. juxt. Discipl. Hebræor.*, I, 7 et 8.
[2] M. de Rotteck, *Droit de la Raison*, t. I, § 68, partage cette

gré cet empêchement existera, l'on s'accordera facilement à le considérer comme absolu en ligne directe, d'autant plus qu'au bout de quelques générations il se change en impossibilité physique.

Mais en ligne collatérale il est plus difficile de fixer la limite, qui a beaucoup varié, suivant le point de vue des divers législateurs.

Les Romains défendaient le mariage entre la tante et le neveu, mais ils le permettaient au quatrième degré, c'est-à-dire entre cousins germains.

Au moyen âge, le droit canonique se montra d'abord d'une rigueur extrême, en étendant l'empêchement jusqu'au septième degré de la computation canonique, qui équivaut au quatorzième de la computation ordinaire[1]. C'est par cette sévérité seule que s'explique le nombre prodigieux des conciles qui tonnent contre les noces incestueuses. L'Eglise finit toutefois par relâcher sa discipline, et même par la mettre, au moyen des dispenses, à peu près en conformité avec le droit romain, suivi aujourd'hui dans notre Code[2].

opinion, qui est d'ailleurs celle de saint Augustin: « *Habita est ratio rectissima caritatis, ut homines, quibus esset utilis atque honesta concordia, diversarum necessitudinum vinculis necterentur... atque ita se, non in paucitate coarctatum, sed latius atque numerosius propinquitatibus crebris* vinculum sociale diffunderet. » *De Civ. Dei*, xv, 16.

[1] D'Avezan, *de Matrim.*, cap. 36. Les canonistes ne comptent qu'un degré là où les jurisconsultes en comptent deux. Ainsi, pour eux, le frère et la sœur sont au premier degré, tandis qu'ils sont au deuxième dans le langage ordinaire.

[2] Innocent III restreignit l'empêchement au quatrième degré;

Il n'est pas possible de poser une règle absolue en cette matière. On conçoit que là où règnent des mœurs patriarcales, là où la vie de famille est puissante et où plusieurs générations vieillissent sous le même toit, l'empêchement de la parenté devra être plus étendu que dans un pays commerçant et civilisé, où les enfants quittent de bonne heure la maison paternelle.

Comme les frères et sœurs sont et seront toujours réunis par l'habitation commune, l'empêchement devra toujours exister entre eux. Mais au-delà du degré de frère et sœur, je ne vois plus que du droit positif, variable d'après les considérations que je viens d'exprimer.

Quant à l'affinité, ce lien qui existe entre un époux et les parents de son époux, et qui défend, par exemple, au frère d'épouser la femme de son frère restée veuve, c'est aussi le droit positif qui en a fait un empêchement par des considérations analogues, afin que l'intimité qui doit régner entre certains alliés, ne puisse pas devenir l'occasion de coupables espérances, de jalousies cruelles, et quelquefois même donner la pensée du crime.

Toutefois, quand c'est le droit positif seul qui crée un empêchement, il sera prudent de réserver à l'autorité supérieure le pouvoir d'accorder une dispense,

mais il est difficile de comprendre la raison qu'il en donne: « *Quaternarius vero numerus congruit prohibitioni conjugii corporalis... quia quatuor sunt humores in corpore qui constant ex quatuor elementis.* » Decret. Greg. lib. iv, tit. 14, cap. 8.

des circonstances particulières pouvant rendre le mariage plus utile dans un cas donné que dangereux en règle générale.

§ II.

De l'Impuissance [1].

Une fausse délicatesse ne doit point nous empêcher d'examiner une question qui appartient d'autant plus à la doctrine, que le texte de nos lois ne l'a pas résolue.

L'impuissance de l'un des époux est-elle une cause de nullité du mariage ? A cette question, les lois de presque tous les peuples d'Europe répondent affirmativement. Et en effet, le mariage ne peut exister qu'entre des individus de sexe différent. Mais il importe peu au fond des choses qu'un homme ne soit pas un homme, ou qu'il soit impropre au but du mariage. De même qu'une bibliothèque formée avec des livres imprimés en blanc ne serait qu'une apparence de bibliothèque, de même un mariage comme

[1] Il existe sur ce sujet deux traités spéciaux dans notre ancienne jurisprudence. Le premier, ayant pour titre : *De la Dissolution du Mariage pour l'Impuissance ou froideur de l'homme ou de la femme*, Paris, 1581 (anonyme), est du célèbre Hotmann, qui, fâché d'avoir perdu sa cause dans le fameux procès de Bray, où il plaidait contre Estienne Pasquier, publia cet écrit contre la procédure du Congrès. Le second, sous ce titre : *Traité de la Dissolution du Mariage pour cause d'Impuissance* (1735), est dû au célèbre président Bouhier, qui se porte le défenseur du congrès avec une verve très-suspecte d'ironie.

nous le supposons ne serait que l'apparence d'un mariage.

Au fond des choses, on ne peut donc douter que l'impuissance n'emporte nullité radicale; et les législations les plus morales, telles que le droit canonique, n'ont pas fait difficulté de le reconnaître.

Mais le droit canonique s'était perdu dans ses précautions et dans ses prescriptions [1]. D'un autre côté, les parlements, dans notre ancienne jurisprudence, avaient prétendu constater ce qui ne pouvait pas l'être, par des moyens plus propres à discréditer la Justice qu'à l'éclairer [2]. De là le ridicule qui poursuivait les époux mécontents, et qui fit succomber certaines procédures devenues célèbres par les épigrammes de Boileau.

Sans prétendre les ressusciter, est-ce à dire pourtant que l'impuissance a cessé d'être une nullité du mariage en quelque cas que ce soit?

Le silence de la loi ne semble fait que pour laisser le champ libre à la raison; et la raison dit que si

[1] V. le tit. *de Frigidis et Maleficiatis*. Outre les visites, le congrès, et le serment des parties, le droit canon exigeait encore le serment de sept de leurs parents, qui ne pouvaient apparemment parler que par ouï-dire. L'ancienne loi espagnole disait aussi : « *Que jure la muger que non fizo engaño ninguno nin lo destorvo por ninguna manera que no yaquese con ella su marido.* » Siete Partidas, part. IV, tit. 8, l. 5.

[2] On avait vu des maris déclarés impuissants, donner de cruels démentis à la chose jugée en devenant pères d'une nombreuse famille. Le droit canonique déclarait dans ce cas le premier mariage réintégré, comme n'ayant été dissous que par erreur. Can. 6, X, *de Frig.* (4, 15).

l'impuissance est évidente, facile à constater, le mariage doit être déclaré nul. La Justice ordonne souvent au criminel des vérifications du genre de celles qui suffiront ici, et devant lesquelles on ne voit pas de raison de reculer. L'absence des organes ou la castration sont des faits si faciles à constater, qu'ils peuvent l'être sans crainte d'erreur comme sans scandale.

Mais l'impuissance ne saurait dans aucun cas être une cause de nullité que si elle est antérieure au mariage. Survenue depuis par accident, par maladie ou par l'âge, elle n'est plus qu'un malheur insuffisant pour dissoudre l'union contractée [1].

§ III.

De l'existence d'un premier Mariage.

Enfin, l'existence d'un premier mariage est un empêchement dirimant qui s'oppose à ce qu'il en soit contracté un autre, tant que le premier n'est pas

[1] Dans notre ancien droit, les causes les plus célèbres de ce genre étaient le procès Quellenec, qui se termina par la mort du mari dans le massacre de la Saint-Barthélemi (v. Bayle, *Dict.*, v° Quellenec); celui du sieur de Bray, qui donna occasion au livre d'Hotmann, cité plus haut; et celui du sieur de Langey, qui, après avoir été déclaré impuissant, protesta par devant notaires, se remaria, et eut sept enfants. C'est par suite de cette affaire que le parlement de Paris rendit l'arrêt de règlement du 18 février 1677, qui fit défenses à tous juges, même ecclésiastiques, d'ordonner le congrès à l'avenir.

dissous. Le principe de cet empêchement est dans la prohibition de la polygamie, sujet dont il sera traité plus bas dans un chapitre particulier.

Je remarque seulement que si la polygamie simultanée est défendue, il n'en est pas de même de la polygamie successive ou des seconds mariages.

Dans les premiers temps du christianisme, une secte de zélateurs qu'on appelait les *purs*, condamnaient les secondes noces, et refusaient de communiquer avec ceux qui les contractaient; mais ils furent déclarés hérétiques par le concile de Nicée. L'Eglise grecque, dont la discipline est différente de la nôtre à cet égard, proscrit les quatrièmes noces. C'est pourquoi l'on trouve dans le Code russe un article qui défend de se marier plus de trois fois; et c'est aussi pourquoi l'on énonce dans les passe-ports russes si le porteur est marié et combien de fois il l'a été.

SECTION II.

Des Empêchements prohibitifs.

Le mariage est un acte si important, les conséquences de son annullation sont si graves pour la paix des familles, que la loi doit tendre à le valider toutes les fois qu'un intérêt social majeur ne s'y oppose pas. L'on conçoit donc que certaines unions puissent être défendues par manière préventive, et que cependant la loi hésite à les rompre si elles existent de fait.

Tel est le fondement de la doctrine des empêchements prohibitifs.

Seulement, ce qui serait à désirer, c'est que, pour bannir tous les doutes, le législateur eût formellement énoncé quels seraient les empêchements prohibitifs et quels seraient ceux qui emporteraient nullité. Cette distinction, mal tracée dans nos Codes, jette une funeste incertitude sur une matière où les droits devraient être clairement définis.

§ I.

Des dix mois de Viduité.

Le droit romain avait fixé à une année[1] la durée du deuil de l'épouse qui avait perdu son mari, et pendant ce délai elle ne pouvait se remarier sans encourir l'infamie. Le motif de cette loi n'était pas dans la convenance : car la convenance, toute respectable qu'elle soit, n'est pas un principe de droit. Il était dans le danger de la confusion de part (*confusio partus*), de peur que l'on ne sût à qui attribuer l'enfant conçu dans les premiers temps du mariage[2]. Aussi, quoique la raison de convenance soit la même pour

[1] Une année de dix mois, parce qu'à l'époque où Numa porta cette loi, l'année n'avait que dix mois.

[2] *Propter turbationem sanguinis*, dit Ulpien, l. 11, § 1, *de his qui not. infam.*, ff.

le mari, cependant il n'était point assujetti à ce délai pour convoler à de secondes noces[1].

La plupart des lois modernes[2] reproduisent cet empêchement comme notre Code, mais sans dire s'il est dirimant ou prohibitif.

Le motif même de son institution ne permet guère de le ranger d'ailleurs que dans cette dernière classe. Et en effet, ce motif a été d'empêcher l'incertitude qui planerait sur la paternité des enfants conçus peu de temps après la dissolution du premier mariage. Rien de plus naturel, dans ce but, que d'interdire à la veuve de se remarier, jusqu'à ce qu'il soit certain qu'elle n'est pas enceinte. Mais si en fait elle a contracté une nouvelle union, s'il y a eu cohabitation entre elle et son second époux, à quoi bon les séparer? On sent que si elle doit mettre un enfant au monde, la paternité n'en serait pas moins incertaine, malgré la nullité du mariage; et si elle ne doit pas être mère, à quoi servirait cette séparation?

Telle était d'ailleurs la disposition de la loi romaine, dans laquelle cet empêchement a été puisé.

§ II.

Du Consentement des Ascendants.

De quelle nature est l'empêchement résultant de l'absence du consentement des parents? Le droit

[1] L. 9, in pr. *de his qui not. infam.*, ff.

[2] Excepté le Code de Bavière, qui permet au conjoint survivant de se remarier immédiatement, tit. 1, ch. 6, art. 46.

canon, par respect pour le lien du mariage, n'y voyait qu'un empêchement prohibitif, et le concile de Trente a même prononcé l'anathème contre tous ceux qui soutiendraient l'opinion contraire.

L'influence de l'Eglise a fait prévaloir ce point de vue dans beaucoup de pays, où l'on se contente de prononcer une peine plus ou moins grave contre les ministres du culte qui marieraient des enfants de famille, mais sans déclarer nul le mariage contracté.

Notre Code civil a été plus sévère, en accordant en ce cas une action en nullité aux parents dont l'autorité a été méconnue [1].

Mais il y a cependant un cas où l'absence du consentement ne peut être considérée que comme empêchement prohibitif : c'est lorsque l'enfant, étant parvenu à un certain âge, est encore tenu par la loi de requérir le conseil de ses père et mère, à titre d'acte respectueux, mais sans que leur refus puisse mettre obstacle au mariage. Dans ce cas, l'officier de l'état civil ne peut passer outre s'il n'est pas justifié que le conseil des père et mère a été requis; mais s'il le fait, on sent que le mariage ne sera pas nul.

[1] On suivait, en France, le droit canonique tant que les causes de mariage restèrent dans la compétence des officiaux. Ce n'est qu'après l'ordonnance de Blois, qui défendait de passer outre au mariage sans publication de bans et sans le consentement des ascendants, que les parlements attirèrent à eux ces sortes de causes. Ils prononcèrent bientôt la nullité, qui n'était point écrite dans l'ordonnance.

§ III.

De la qualité de Tuteur et de Pupille.

En général, on a imité la disposition de la loi romaine, qui déclarait le mariage impossible entre le tuteur et sa pupille, comme entre la pupille et le fils du tuteur. Outre la suspicion du défaut de liberté dans le consentement de la femme, on ne voulait pas que le tuteur se servît de ce moyen pour se soustraire à la reddition de ses comptes.

Le droit canonique, auquel il faut toujours revenir en fait de mariage, supprima cet empêchement.

Il n'a pas non plus été renouvelé dans notre Code.

§ IV.

De l'Adultère.

Le droit romain établissait encore, avec beaucoup de raison, une prohibition de mariage entre deux personnes précédemment convaincues d'adultère. Mais ici, comme tout-à-l'heure, le droit canon, dans le désir d'effacer le péché, consentait à accorder aux coupables la bénédiction de l'Eglise.

Les lois modernes, qui ont suivi le droit romain, n'ont conservé cet empêchement que lorsque l'adultère est constaté par jugement avant le second ma-

riage[1]. Elles s'appliquent alors à des cas tellement rares, que l'on comprend comment chez nous le législateur n'a pas cru devoir s'en occuper[2].

CHAPITRE XI.

Des Obligations résultant du Mariage.

Le mariage produit certaines obligations, soit des époux entre eux, soit des époux envers leurs enfants.

1° *Devoir de Cohabitation.* — La cohabitation, but même du mariage, constitue plutôt un devoir qu'une obligation juridique; et sous ce rapport, les législateurs auraient fait prudemment de s'abstenir de parler d'une chose que la loi ne peut réglementer, en abandonnant ce sujet aux moralistes, qui s'y sont peut-être trop appesantis[3].

2° *Obligation de Fidélité.*—Si les époux ne contractent qu'un devoir moral de cohabitation, ils contractent

[1] Code autrichien, art. 67.

[2] Le Code Napoléon n'avait établi cet empêchement que quand il y avait eu divorce prononcé pour cause d'adultère (art. 298), hypothèse qui offrait de bien plus grands dangers.

[3] Saint Thomas, suppl. III part., *quæst.* 64. — Saint Augustin, *de Bono conjugali*, ch. 6, 11, 12, 18. — Bossius, *de Effectu Matrim.*, ch. 2 et suiv., etc.

du moins l'obligation formelle de s'en abstenir avec toute autre personne.

Les lois ont été plus sévères en général contre l'adultère de la femme que contre celui du mari : en partie parce que l'adultère de la femme a des conséquences plus graves, en introduisant des étrangers dans la famille ; en partie parce que les hommes, qui ont fait la loi, n'ont pas toujours tenu la balance égale entre les deux sexes. De là le droit accordé au mari de tuer sa femme surprise en flagrant délit d'infidélité ; de là les peines sévères prononcées par la loi contre l'adultère, qui mériterait en effet d'être classé parmi les crimes les plus graves, au moins par ses conséquences fâcheuses pour l'ordre public[1], si malheureusement l'expérience ne démontrait pas que le luxe comminatoire des peines a moins d'effet en cette matière que l'opinion publique et les mœurs[2].

Quoi qu'il en soit, il est certain que l'adultère du mari est une violation du contrat tout aussi formelle et tout aussi grave que celui de la femme.

3° *Assistance mutuelle.* — L'association des époux

[1] On a calculé que sur 1,000 assassinats l'adultère en causait 91 ; sur 1,000 incendies, 22 ; sur 1,000 empoisonnements, 349 ! et que sur 100 attentats dus à cette cause, il y en avait 4 seulement contre le coupable, et 96 commis par le coupable contre l'époux outragé (Guerry, *Statistique morale*, p. 31-34). Ce tableau justifie le célèbre adage : *Mulier adultera, ergo venefica.*

[2] C'est ce qui explique comment, après avoir long-temps puni de mort l'adultère, la loi en est revenue à des peines très-douces, en défendant même de poursuivre ce délit, si ce n'est sur la plainte du mari.

n'est pas seulement formée pour perpétuer la famille, mais encore pour assurer à chacun d'eux cette assistance dont le plus fort a souvent besoin comme le plus faible. De là l'obligation du mari de protéger sa femme, de tous deux de se secourir dans leurs maladies, et de subvenir à l'entretien du ménage dans la mesure de leurs facultés.

4° *Puissance maritale.* — L'idée de la puissance du mari sur sa femme est plus difficile à déduire, puisque le mariage ne peut être envisagé, équitablement parlant, que comme une association d'égalité. La force physique n'est pas un principe de droit. Pourtant, si l'on réfléchit que dans toute association il faut un moyen de former une majorité, et que ce moyen, dans une association de deux personnes, ne peut être que d'accorder la prépondérance à l'un des sociétaires; si l'on pense d'ailleurs qu'il serait déraisonnable d'accorder la prépondérance à l'être le plus faible et à celui qui a le moins d'expérience des affaires : on sentira la nécessité de ce que l'on appelle en droit la puissance maritale.

C'est surtout dans la fixation des limites de cette puissance, que l'abus du droit de la force s'est manifesté : quelquefois on n'a pas rougi d'écrire dans la loi le droit de correction brutale, qui chez nous au contraire est considéré comme une cause de séparation judiciaire[1]. Mais dans les choses qui con-

[1] V. des détails curieux dans Monteil, *Histoire des Français*

cernent le gouvernement de la famille, telles que la fixation du domicile, le genre de profession, l'administration des biens communs, la volonté du mari doit être respectée.

Quant aux biens particuliers de la femme, aucune donnée rationnelle nécessaire ne conduit à les soumettre à la puissance du mari, qui ne s'exerce que dans le cercle de la société conjugale.

Aussi voit-on que chez plusieurs nations la femme, capable avant son mariage, conserve après le libre pouvoir de s'obliger, d'administrer ses biens propres, de les vendre ou de les échanger, sans aucune autorisation[1]. Mais il ne s'ensuit pas que ce soit la meilleure organisation possible. Et l'on conçoit que, pour éviter des débats fâcheux, pour empêcher la femme de se procurer des sommes dont elle pourrait faire mauvais usage, et aussi parce qu'en fait les femmes ont peu d'expérience des affaires, la loi positive ait pu sagement les mettre dans l'impossibilité de s'obliger sans l'autorisation maritale, même sur leurs propres, en leur accordant toutefois le droit d'en appeler aux tribunaux, afin de faire suppléer cette autorisation, dans les cas où elle serait injustement refusée[2].

des divers Etats, t. I, lettre XI. — On connaît ces deux vers dus à quelque savant du moyen âge:

Nux, asinus, mulier, simili sunt lege creati;
Hæc tria nil recte faciunt si verbera cessent.

[1] C'était le droit romain, et c'est encore aujourd'hui le droit russe. V. Code russe, art. 84.

[2] On serait tenté de croire qu'en Angleterre la puissance ma-

5° *Présomption légale de paternité.*— La loi présume de plein droit que les enfants nés de la femme sont ceux du mari. Autrement, le but du mariage, qui est de créer la famille, serait manqué. Tel est le fondement de la célèbre maxime *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, considérée comme tellement d'ordre public, que le mari ne peut désavouer l'enfant que dans un très-petit nombre de cas, où il est évident qu'il n'en est pas le père : exceptions qui doivent être formellement exprimées dans la loi.

6° *Obligations des époux envers leurs enfants.*— C'est ici le lieu de parler des obligations des parents envers leurs enfants, bien que ces obligations dérivent plutôt de la paternité même que du mariage, puisqu'elles existent à l'égard des enfants naturels comme à l'égard des enfants légitimes.

La plupart des philosophes considèrent cette obligation comme résultant d'un quasi-délit, les père et mère devant être tenus d'élever et de nourrir l'enfant auquel ils ont donné l'existence, sans quoi ils le feraient souffrir de leur propre fait. Cependant, ce raisonnement pourrait bien n'être qu'un sophisme, puisqu'il conduirait à dire que la mère, victime d'un viol, n'aurait aucune obligation à remplir vis-à-vis

ritale a gardé toute la brutalité antique, quand on lit périodiquement dans les journaux la relation de maris qui vendent leurs femmes la corde au cou sur le marché. Le fait est que ces ventes ne sont nullement autorisées par la loi, ne produisent aucun effet légal et ne confèrent aucun droit à l'acheteur. Elles sont souvent poursuivies comme attentat à la morale publique.

de son enfant, qu'elle n'a pas concouru volontairement à mettre au monde. La nature, dans tous les cas, serait plus sage que les philosophes, en ne pas subordonnant l'instinct de la piété maternelle à des distinctions scolastiques.

La toute-prévoyance de Dieu ne s'en est pas rapportée à la logique de l'homme, de l'accomplissement d'un devoir auquel est attachée la conservation de l'espèce humaine. Elle a déposé dans son cœur l'instinct si vif de l'amour paternel, qui lui est commun avec les animaux inintelligents.

Toutefois, chez les animaux il n'y a qu'instinct; chez l'homme il y a instinct et *obligation*, parce qu'il est doué de la raison, et que sa raison lui impose d'accomplir ce sans quoi l'ordre de la nature serait troublé.

Les parents sont donc tenus, non-seulement à donner à leurs enfants les soins matériels du premier âge, mais encore à leur procurer l'éducation morale, propre à en faire d'honnêtes gens, et à les mettre à même de se procurer des moyens d'existence dans la société.

Mais, ce devoir étant rempli, peut-on dire qu'ils sont tenus à leur prester des aliments? Peut-on dire que cette obligation est réciproque, d'après le seul droit de la nature? La raison arrive difficilement à cette conclusion: car pour les parents, de quel droit les obligerait-on à nourrir un fils valide et paresseux? Et pour les enfants, on peut, il est vrai, citer le devoir de la reconnaissance; mais la reconnaissance est une chose de morale, et non un principe de droit.

Personne n'est obligé en général par les bienfaits qu'il reçoit, surtout lorsque ces bienfaits eux-mêmes ne sont que l'accomplissement d'un devoir.

Toutefois, si la loi se bornait à déclarer les secours obligatoires lorsque celui qui les réclame est dans l'impossibilité de subvenir à ses besoins, par infirmités, par l'âge ou autrement, on ne pourrait qu'applaudir à sa disposition, propre à entretenir l'esprit de famille. Des secours accordés volontairement auraient eu le caractère humiliant d'une aumône, au lieu que, déclarés obligatoires, le créancier peut les recevoir sans faire le sacrifice de sa dignité.

CHAPITRE XII.

De la Polygamie.

On appelle polygamie le mariage d'un homme avec plusieurs femmes.

Cette institution, qui a régné chez la plupart des peuples, et qui règne encore sur une grande partie du globe, a induit les philosophes et les économistes à en étudier les causes.

Les uns ont prétendu y voir un moyen de perpétuer la famille et de favoriser la population. Il est difficile de croire cependant que dix femmes appartenant à un seul homme soient plus fécondes que si

elles avaient chacune un mari. Et quant à l'idée de perpétuer la famille, le divorce fournissait le moyen de remplacer une épouse stérile, sans qu'il fût besoin d'en prendre simultanément plusieurs.

Les écrivains de l'école physiologique, cherchant dans le climat la cause de toutes les institutions, croient la polygamie propre aux pays du Midi, par deux motifs principaux : le premier, que les femmes y naissent en plus grand nombre que les hommes, tandis qu'en Europe le contraire a lieu; le second, que la chaleur du climat y allume dans le sang des passions plus vives.

Mais, d'abord, rien n'est moins certain que les conjectures des voyageurs sur la statistique des pays de l'Orient. Il est vrai que les recherches des savants paraissent avoir constaté en Europe un petit excédant des naissances mâles sur les naissances féminines, à peu près dans le rapport de 106 à 100 [1]. Mais loin que le climat y exerce de l'influence, cet excédant serait plus considérable dans les pays les plus chauds de l'Europe, tels que le royaume de Naples, que dans la Suède ou en Angleterre [2]. Quant

[1] Villeneuve-Bargemont, *du Paupérisme*, t. I, p. 220.

[2] D'après les résultats tirés par M. Bickes de plus de 70 millions d'observations, il naît, pour 100 filles, en France, 106 garçons 55/100; en Autriche, 106,10; en Angleterre, 104,75; en Suède, 101,62; dans le royaume de Naples, 106,18. — A quoi tient cet excédant des naissances mâles ? Il semble résulter des recherches de M. Hofacker (*Annales d'Hygiène*, juillet 1829) et de M. Sadler (*the Law of Population*, t. II, p. 343, London, 1830) que, quand le mari est plus vieux que la femme,

aux contrées d'Asie ou d'Afrique, sur lesquelles nous ne savons rien de positif, en admettant même que le rapport fût renversé, ce ne serait pas sans doute cette circonstance, ignorée des anciens législateurs, qui suffirait pour justifier une telle opposition entre leurs usages et les nôtres.

Je ne crois pas davantage qu'il faille rejeter sur la vivacité des passions des peuples méridionaux la cause de la polygamie. Et, pour le dire une fois pour toutes, si l'influence du climat était si magique, elle se ferait d'abord sentir sur les choses qui ont avec la température la relation la plus directe. Comment s'expliquer cependant que les Turcs s'habillent plus chaudement que nous; que les immenses turbans soient en Perse, où il fait 35 degrés de chaleur, et les chapeaux de feutre à Paris? Comment s'expliquer que les Espagnols et les Italiens ne plantent point d'arbres, tandis que les Anglais, dans leurs brumes, se plaisent au milieu des jardins ombragés qui leur doivent leur nom? Il y a plus : puisqu'il est question de la vivacité des passions, la statistique peut encore nous apprendre si elle suit les variations du thermomètre. Loin de là : les tables de la criminalité montrent que, sous le soleil brûlant de l'Espagne, les attentats à la pudeur sont deux fois plus rares qu'en Angleterre, et six fois plus que dans

les garçons prédominent, et que ce sont les filles, au contraire, quand la femme est plus âgée que le mari. Serait-ce pour cela qu'il naît plus de garçons que de filles en Europe?

certains pays d'Allemagne[1]. Le moyen de croire, après cela, que la pluralité des femmes dépende tellement du climat?

L'hypothèse que nous combattons n'est pas plus solide sur le terrain de l'histoire que sur celui de la physiologie: car s'il est vrai que la polygamie soit confinée aujourd'hui aux contrées de l'Orient, elle a existé autrefois partout, à commencer par la Grèce, où elle n'était pas inconnue, même aux époques classiques[2]. Plus tard, nous la retrouvons dans les contrées les plus septentrionales, chez les anciens Danois[3], même dans les frimas de la Russie, où elle a duré jusqu'au cœur du moyen âge. Wladimir, qui régna sur les Russes de 980 à 988, avait, au dire des historiens, cinq femmes principales; et, indépendamment de cela, trois cents concubines à Wüschgorod, trois cents à Bjelgorod, et deux cents dans le village de Berestow[4].

Je ne cite ces faits que pour montrer combien on

[1] En Espagne, on compte un viol sur 240,000 habitants; en Angleterre, un sur 180,000; en Autriche, un sur 150,000; en Würtemberg, un sur 40,000. — Cette disproportion tient aussi sans doute à l'abus des liqueurs fortes. (V. Moreau de Jonnès, *Statistique de l'Espagne.*)

[2] Socrate avait deux femmes, Euripide aussi; Denys de Syracuse en avait épousé deux le même jour. — V. Diogène Laerce, *Solon*, § 10; Aul. Gell, xv, 20; Plutarque, *Dyon.*, § 3; Cicer., *Tusc.*, v, 21.

[3] V. Rosenvinge, *Histoire du Droit Danois*, § 18. Même après la suppression de la polygamie, on y retint long-temps l'usage d'avoir des concubines (*Slökœfrith*) en nombre illimité.

[4] Ewers, *Das ælteste Recht der Russen*, p. 105.

s'abuse quand on ne veut voir dans les institutions que l'action mécanique des causes extérieures. La polygamie s'explique, comme la plupart des institutions primitives, par l'abus de la force, et par les fausses idées que les anciens peuples se faisaient du mariage, où ils ne voyaient qu'un acte transportant à l'homme la propriété exclusive d'une femme. Comme il pouvait acheter plusieurs champs ou plusieurs esclaves, on en conclut qu'il pouvait aussi acheter autant de femmes qu'il le voulait.

Mais laissons là ces considérations, pour examiner si la polygamie en elle-même est contraire au droit naturel.

On ne voit rien sans doute dans la nature des choses qui doive faire réprouver la pluralité des femmes comme immorale, pourvu qu'elles consentent toutes librement à unir leur sort à celui de leur époux. La loi de Moïse l'autorisait, et elle n'eût point autorisé une chose contraire au droit naturel[1]; mais il ne manque pas de raisons tirées de l'utilité, pour démontrer les avantages du système monogamique sur l'autre.

Les principaux inconvénients de la polygamie peuvent se résumer dans les suivants :

1° *Rivalité entre les Femmes.* — L'amour, toujours

[1] Moïse avait permis d'avoir plusieurs femmes, mais il avait défendu d'en avoir beaucoup. Les rabbins, ayant à fixer une limite dans le Thalmud, s'arrêtèrent au nombre de quatre, parce que Jacob avait quatre femmes : Rachel, Lia et les deux servantes. (Micharlis, *Mosaisches Recht*, t. II, p. 192.)

supposé dans le mariage, est un sentiment exclusif. De quel droit le mari, qui exige le sacrifice complet de la personnalité de sa femme, ne lui offre-t-il que le quart ou le dixième d'un mari? De là les rivalités des harems, que le système de l'esclavage lui-même est impuissant à comprimer. Autant de familles d'enfants qu'il y a d'épouses, autant de partis que de familles; et ces divisions domestiques qui fermentent en secret finissent d'ordinaire par l'assassinat.

2° *Manque de Femmes pour tous.*—Les riches prendraient toutes les femmes, ou du moins toutes celles qui auraient quelque attrait. Et si l'on objecte que dans l'Orient il y en a pour tout le monde, il faut remarquer que c'est par le commerce des esclaves que le marché s'approvisionne : nouveau fléau qui suit l'autre de nécessité.

3° *Réclusion des Femmes.* —Point de harem, point de polygamie. Il faut à un maître inquiet des verroux et des gardiens. Et encore quels gardiens! Mesrour, chef des eunuques noirs, devient le favori du calife de Bagdad. Ainsi, la sensualité de l'homme entraîne la mutilation des esclaves, et la dégradation du maître par ceux-ci.

4° *Annihilation de l'Influence des Femmes.*—La polygamie, qui fait de la femme une servante stupide, peut être conforme à la doctrine des mollahs, qui refusent une ame à la portion féminine du genre humain. Mais elle sera condamnée par tous ceux qui croient à l'heureuse influence de la femme sur les mœurs, qu'elle adoucit; sur les manières, qui lui

doivent leur élégance. Elle est l'élément harmonique qui tempère les passions en fusion dans la société. Peut-être lui devons-nous la supériorité de notre civilisation sur celle de l'Orient, où l'on remarque tant de froide cruauté et d'indifférence pour le sang.

Telles sont les diverses considérations sociales qui assurent la supériorité au régime de la monogamie. Je n'ajoute plus qu'un mot sur une autre combinaison du mariage qui serait l'union d'une femme avec plusieurs maris (polyandrie). Cette espèce de mariage, où les enfants ne pourraient connaître leur père, serait la destruction de la famille. Elle apparaît à l'esprit comme si informe et si antinaturelle, que l'on ne sait s'il faut croire aux récits de quelques voyageurs qui attestent l'avoir vu pratiquer[1].

CHAPITRE XIII.

De quelques Questions relatives au Mariage.

Nous réunirons ici quelques questions relatives au mariage, qui n'ont pas pu trouver place dans les chapitres précédents.

[1] Les matrones romaines n'en jugeaient pas ainsi, s'il est permis de regarder autrement que comme une plaisanterie le

§ I.

Des Fiançailles.

Les fiançailles sont une promesse solennelle de mariage reconnue par la loi dans certains pays. Pour savoir si elles sont utiles, il est nécessaire d'examiner d'abord les effets qui y sont attachés.

Ces effets sont, suivant les lieux : 1° de créer un empêchement prohibitif au mariage de l'un des fiancés avec un tiers[1] ; 2° de former, entre l'un des fiancés et les proches parents de l'autre, un lien d'affinité qui rend le mariage impossible en tout état de cause[2] ; 3° d'emporter mariage *ipso facto*, si elles sont suivies de cohabitation[3].

récit d'Aulugelle à propos du jeune Papirius, qui, pressé par sa mère de lui révéler ce qu'on avait discuté dans le sénat, lui répondit qu'on avait débattu la question de savoir s'il valait mieux autoriser les hommes à prendre deux femmes que les femmes à prendre deux maris. Les dames de Rome firent une sorte d'insurrection dont le programme était : *Ut una potius duobus nupta fieret, quam ut uni duæ.* Aul. Gell., *Noct. att.*, I, 23.

[1] Jusqu'à ce qu'il ait obtenu main-levée de l'empêchement, en désintéressant pécuniairement son fiancé.

[2] Cet empêchement, étendu d'abord très-loin, avait été réduit au premier degré par le Concile de Trente. Sess. XXIV, *cap.* 3, *de Ref. Matr.*

[3] *Sic* en Danemarck, *Jus Danic.*, lib. III, cap. 16, n° 16. Il en était de même en Angleterre jusqu'au statut de Georges II. Il est à remarquer que ce droit s'est conservé plutôt dans les pays protestants que dans les pays catholiques, parce que là où le Concile de Trente a été publié, il n'est plus possible d'admettre qu'il y ait mariage, sans les publications et les formes établies par ce Concile.

Ce lien ambigu présente plus d'inconvénients que d'avantages. Si les époux sont capables de contracter mariage, qu'ils le contractent tout de suite. S'ils ne le sont pas, de quelle valeur est le consentement qu'ils donnent? Le droit canonique déclare les fiançailles nulles avant sept ans[1]; mais un enfant de sept ans à qui l'on parle de mariage, sait-il seulement de quoi il est question?

Les lois qui reconnaissent les fiançailles permettent de s'en dégager au moyen d'une dédite pécuniaire qui n'est ni un dédommagement suffisant, ni un lucre convenable. Si je m'aperçois que je me suis engagé légèrement, il faut donc sacrifier une partie de ma fortune, ou, si je tiens à mon argent, former à regret une alliance où je prévois des chances de malheur!

La disposition la plus morale en apparence, celle qui fait résulter le mariage *ipso jure* de la cohabitation subséquente, a toujours le tort de constituer des époux en expectative sans délibération suffisante, et de les lier ensuite irrévocablement, plutôt par la surprise des sens que par un acte de volonté réfléchie.

Tout cela n'exclut pas au surplus la faculté qu'ont les tribunaux d'accorder des dommages-intérêts pour violation d'une promesse de mariage, lorsque, par

[1] Decret. Greg., *cap.* 45, *de Desp. Impub.* Le droit espagnol reconnaît au père le droit non-seulement de fiancer sa fille à sept ans, mais encore d'en fiancer une sans dire laquelle, se réservant le choix plus tard, Asso y Manuel, t. I, p. 68.

suite d'une dédite sans fondement, l'une des parties cause à l'autre un préjudice, soit dans sa réputation, soit à raison des préparatifs déjà faits [1].

§ II.

Si la Loi doit reconnaître plusieurs espèces de Mariage.

La question toute seule peut paraître bizarre; et cependant chez presque tous les peuples la loi a reconnu plusieurs espèces de mariage. Sans compter les Indiens, chez qui ce contrat pouvait revêtir huit noms différents [2], les Romains connurent jusqu'à trois unions légales ayant des effets bien distincts: le *matrimonium per confarreationem aut coemptionem*, les *justæ nuptiæ*, et le *concubinatus* [3].

Chez les modernes, l'esprit aristocratique a fait établir aussi des mariages de différentes classes. Même après que le Concile de Trente eut déterminé les formes de publicité, les évêques s'attribuèrent le droit, en plusieurs pays, d'accorder des dispenses pour contracter des mariages secrets, aux personnes que l'orgueil du rang aurait détournées de satisfaire un devoir de conscience. Ces mariages se célèbrent dans des chapelles particulières, ou dans l'église à

[1] Le Code autrichien en a une disposition formelle, art. 46.

[2] *Lois de Manou*, I, 21. — Il y a aussi cinq mariages dans le *Zend-Avesta*.

[3] Niebuhr, t. I, p. 324.

huis clos, et il n'en est pas dressé procès-verbal sur les registres[1].

On sent les inconvénients d'un tel état de choses, soit pour la légitimité des enfants, soit comme facilitant la bigamie.

Ailleurs, la loi a régularisé ces alliances inégales, en établissant les mariages *morganatiques* ou *de la main gauche*, qui se font aussi entre personnes d'un rang disproportionné, avec cet effet particulier, que la femme ne prend pas le rang de son mari, que les enfants ne portent pas son nom et n'héritent pas de sa noblesse, bien qu'ils soient légitimes sous tous les autres rapports et aptes à lui succéder dans une certaine quotité[2].

Nous n'avons pas besoin de condamner ces tolérances de la loi, qui ne consacrent pas même, à notre avis, la doctrine du plus petit mal pour un plus grand bien, mais plutôt celle du plus petit bien pour un plus grand mal.

Cependant, on peut se demander s'il n'y aurait pas lieu dans un cas, sinon à permettre un mariage d'un genre différent, du moins à se relâcher de quelques-unes des formes ordinaires. Un homme, au lit de mort, peut être pressé par sa conscience de réparer des désordres passés et de donner la légitimité à ses enfants, sans qu'il ait le temps d'observer les prescriptions de la loi: ne pourrait-on pas autoriser l'of-

[1] Forti, *Institutions civiles*, t. II, p. 343.

[2] V. le *Landrecht* prussien, part. II, tit. II, sect. 8 et 9.

ficier de l'état civil à se transporter à son domicile pour y célébrer provisoirement le mariage, avec cette condition, que le mariage sera nul et non avenu si le décès ne s'ensuit pas dans un délai déterminé?

§ III.

Si la Loi doit autoriser des Mariages à temps.

« Dans la façon commune de penser, dit quelque part Bentham, l'idée de vertu est associée avec ce contrat quand il est d'une durée indéfinie, et l'idée de vice quand il est limité pour le temps. Les législateurs ont suivi cette opinion: défense de faire un tel contrat pour un an, permis de le faire pour toute la vie. La même action, criminelle dans le premier cas, sera innocente dans l'autre. Que dire de cette différence? La durée de l'engagement peut-elle changer du blanc au noir l'acte qui en est l'effet[1] ? »

Bentham, il est vrai, ne propose pas le mariage à temps comme quelque chose de bon en soi, mais comme un expédient propre à diminuer le nombre des concubinages. Mais cet expédient ne serait lui-même qu'un concubinage d'une autre sorte. Le mariage ne doit se supposer que comme inspiré par un attachement désintéressé. Or, on ne comprend pas que deux personnes qui s'allient par amour ne veuillent s'allier que pour un certain temps. Quand

[1] *Traité de Législation*, t. II, p. 265.

je loue une maison, je puis prévoir qu'elle sera incommode ou que j'en trouverai plus tard une plus agréable; mais quand je prends une femme, ce calcul serait immoral.

Le mariage à temps serait surtout un contrat lésionnaire pour la femme, qui ne se retirerait pas de l'association sur le pied de l'égalité avec son mari. Celui-ci trouverait à se marier encore, tandis qu'elle devrait languir délaissée, après avoir usé sa jeunesse avec lui. La loi doit protéger la faiblesse et l'imprévoyance; elle doit songer aussi au sort des enfants, dont l'avenir serait triste, au milieu de cette succession de concubinages de leurs pères et mères.

On se marie pour avoir une famille et pour l'élever; longue perspective ouverte aux époux. S'ils n'ont pas le cœur perverti par l'égoïsme, ils doivent prévoir que la vie commune, que tant de douleurs et de plaisirs partagés, formeront entre eux, et d'eux à leurs enfants, mille liens dont il serait impie de préméditer la destruction. Quoi de plus contraire à la constitution paisible de la famille que la position de deux époux qui, à peine unis, ne chercheraient qu'à se séparer et à se faire chacun à part soi la meilleure condition possible!

L'association conjugale ne peut être honorable et honorée, elle ne répond à son but, celui de fonder la famille, que sous la condition de la perpétuité.

Mais tout ce qui résulte de là, il faut le remarquer, c'est que le mariage ne pourra pas se contracter pour un certain temps, *in mente contrahentium*. Il ne s'ensuit

pas que, si l'union devient malheureuse, les époux ne pourront pas la résoudre. Quand on vend une propriété, on la vend pour toujours, et cependant les parties peuvent résilier le contrat plus tard, si les circonstances l'exigent. C'est du reste la question du divorce, qui sera traitée plus bas.

§ IV.

Si le Mariage est un Contrat civil, ou religieux.

Beaucoup de personnes pensent que le mariage doit être considéré comme contrat religieux, et qu'il serait bon d'en remettre la célébration entre les mains de l'autorité ecclésiastique, ainsi que cela se pratique dans la plupart des pays de l'Europe. Lors des négociations du concordat qui nous régit, ce fut même l'un des points sur lesquels la Cour de Rome appuya avec le plus d'insistance.

Cependant, si l'on veut réfléchir, on se convaincra qu'il n'y a rien de religieux dans le mariage aux yeux de la pure raison législative. Le mariage est un contrat, et le contrat est un concours de deux volontés. Or, un concours de volontés n'est pas religieux par lui-même; et le but de ce concours de volontés, qui est de vivre en commun et de procréer des enfants, ne saurait lui conférer un pareil caractère.

Il n'y a rien assurément que de louable dans la pensée d'appeler les bénédictions du ciel sur l'union qui contient l'avenir des époux et celui de toute une

famille. Cette bénédiction est un acte religieux; mais elle est tout aussi distincte du mariage que la bénédiction des drapeaux d'un régiment est distincte des batailles que ce régiment doit livrer.

Le mariage est donc un contrat purement civil dans son essence, comme la vente, quoique plus solennel, parce que l'intérêt y est plus grand. Le législateur a le droit de le régler à sa guise, conformément à l'utilité et à la justice. Il pourrait sans doute, comme c'est l'usage général, en confier la célébration aux ministres du culte, ce qui ne serait autre chose que de déposer dans leurs mains les fonctions d'officiers de l'état civil. Reste à savoir si cette organisation présenterait des avantages.

Théoriquement, elle aurait ce vice, qu'un homme qui ne professerait aucun culte, ou qui en professerait un non reconnu par l'état, ne saurait devant qui se marier, quoiqu'il soit libre de n'avoir aucune religion, légalement parlant.

Elle aurait encore cet autre vice, de multiplier les registres de l'état civil, puisqu'il en faudrait autant qu'il y aurait de religions autorisées dans l'état, et par-là d'en rendre la surveillance plus difficile, la tenue moins régulière, et d'en diminuer l'authenticité.

Enfin, pratiquement, elle aurait pour effet inévitable de soumettre les citoyens à des exigences que la religion est libre d'imposer comme condition de ses bénédictions, mais dont il serait injuste de faire dépendre la conclusion d'un acte purement civil sous le point de vue de ses effets juridiques.

§ V.

Si le Législateur doit encourager les Mariages.

Les économistes n'ont vu dans le mariage ni une institution morale, ni un droit d'association inné pour tout homme, mais seulement un instrument de population. Tant que l'idée de pousser à la population a prévalu dans l'économie politique, les législateurs ont favorisé de toute manière, non-seulement les mariages, mais encore les mariages féconds. De là, ces récompenses accordées suivant les lieux, là au septième enfant, là au douzième, comme une prime à la production.

Malthus remonta le cours de ces idées, en faisant voir que la population s'accroît dans une proportion plus rapide que les moyens de subsistance. Et de fait, les états modernes, ceux surtout où le commerce fleurit, voient s'accroître leur population avec une rapidité faite pour inquiéter. L'expérience démontre que là où la prospérité est très-grande, comme là où la misère est à son comble, ce mouvement ascensionnel est rapide, dans un cas par la certitude même d'un avenir assuré, et dans l'autre par l'insouciance qui accompagne le désespoir[1].

Malthus demanda qu'en présence de ce danger,

[1] C'est ce que prouve l'Irlande, pays d'extrême misère et d'extrême population.

l'on n'encourageât pas les mariages des pauvres. Si l'on punit celui qui vole, disait-il, n'est-on pas en droit de punir celui qui met au monde des enfants qui ne pourront que voler? Ses élèves complétèrent sa pensée, en prétendant établir que l'état avait le droit de ne pas permettre sans garanties le mariage des citoyens dénués de moyens de subsistance [1].

On doit tenir pour vrai tout ce qu'ont dit les économistes de l'accroissement menaçant de la population; on doit avouer que ce serait une grande erreur aujourd'hui que d'encourager les mariages, et surtout les mariages des pauvres. Mais on ne doit pas en conclure que la loi puisse prendre des mesures pour s'opposer aux mariages, et cela par deux raisons principales :

La première, c'est qu'elle n'en a pas le droit, parce que la faculté de s'associer avec la femme est pour l'homme un droit primitif qu'il ne tient pas de la société et que la société ne peut pas lui ravir, comme beaucoup plus précieux que toute la protection qu'elle lui accorde.

La seconde, c'est que le législateur n'obtiendrait rien par ce moyen. Le nombre toujours croissant des enfants naturels démontre qu'on n'aurait rien gagné en entravant le mariage, mais qu'on apprendrait seulement aux ouvriers à s'en passer, pour vivre de plus en plus dans ces unions passagères, tout aussi

[1] Sismondi, *Nouveaux Principes d'Economie politique*, t. II, p. 308.

dangereuses au point de vue économique et beaucoup moins rassurantes pour la morale.

Qu'y a-t-il donc à faire pour porter remède au mal réel qui menace la société ? Je ne sais s'il y a quelque chose à faire, mais à coup sûr il n'y a rien à faire par la loi.

CHAPITRE XIV.

Du Divorce.

J'ai dit plus haut que le mariage ne pouvait se concevoir que comme une union à vie, c'est-à-dire que les époux ne peuvent pas le contracter pour un laps de temps déterminé ; mais en même temps j'ai fait remarquer que ce n'était pas dire que le mariage fût indissoluble, parce qu'il est de la nature de tout contrat, quoique formé pour un temps indéfini, de se résoudre par la volonté des deux parties ou par le manquement de l'une d'elles à ses engagements. C'est ici le lieu d'examiner si la loi doit en effet permettre aux époux cette résolution du contrat qu'on appelle le divorce : question qui peut passer à juste titre pour l'une des plus élevées et des plus difficiles de la philosophie du droit.

Cette question se complique encore chez nous d'une considération étrangère.—Je ne veux pas discuter si, oui ou non, d'après l'Evangile, le divorce doit être con-

sidéré comme absolument contraire au droit divin, ou s'il n'est prohibé seulement que par la discipline ecclésiastique. En fait, nous voyons que les Pères de l'Eglise ont hésité sur cette question, au moins pour un cas, celui de l'adultère [1]; que la religion a très-long-temps toléré le divorce dans la loi civile, se contentant seulement d'employer son influence pour en diminuer la facilité; que les papes et les évêques, tout en condamnant le divorce en théorie, tout en luttant contre la tendance des mœurs, y donnèrent souvent les mains. Et, de fait, chacun sait que, pendant le moyen âge, le lien du mariage entre les grands fut souvent brisé, soit pour cause de stérilité, soit par calcul d'ambition. Il suffisait pour cela de feindre une parenté éloignée entre les époux, ce que facilitait l'étendue prodigieuse de l'empêchement du sang dans le droit canonique, ou de supposer que le mariage, conclu depuis des années, n'avait pas été consommé en fait. A l'abri de ce prétexte, l'Eglise, qui ne reconnaissait l'indissolubilité qu'après l'union réelle des époux, prononçait facilement l'annullation du mariage, sinon le divorce [2].

[1] A cause du fameux passage de saint Matthieu.

[2] C'est ainsi que Philippe-Auguste, voulant divorcer avec sa femme Ingeburge de Danemarck, avait fait fabriquer une fausse généalogie, sur le vu de laquelle un concile provincial avait annullé le mariage. Mais Innocent III fit convoquer un nouveau concile qui lança l'interdit sur le royaume, et Philippe-Auguste fut contraint, pour en obtenir la main-levée, de renvoyer sa nouvelle épouse, et de reprendre l'ancienne. V. Fevret, *Traité de l'Abus*, t. I, p. 53.

A bien dire, ce n'est que depuis le Concile de Trente que le dogme de l'indissolubilité absolue a été proclamé comme loi générale de la chrétienté; et encore est-il à remarquer que le Concile s'est refusé à condamner le divorce comme contraire à l'Evangile, mais qu'il s'est contenté de condamner ceux qui soutiendraient qu'il est permis, laissant indécise à dessein la question de savoir si c'est la loi de Dieu qui le défend, ou la discipline ecclésiastique, susceptible de réforme [1]. Cela est si vrai, qu'il n'a rien voulu innover aux usages des Grecs latins, chez qui le divorce avait toujours été pratiqué [2]. Quant à l'église grecque schismatique et aux religions réformées, elles ont toutes cru cet usage autorisé aussi bien par la loi ecclésiastique que par la loi civile.

Il faut conclure de là que ce qui est de discipline ecclésiastique n'est pas aussi immuable que ce qui est de droit divin proprement dit, puisque l'Eglise a le pouvoir de délier ce qu'elle a lié; que sa décision, bien que devant être respectée des catholiques, ne les empêcherait pas peut-être de raisonner sur l'opportunité de l'institution au point de vue purement humain; que le législateur ne doit se décider que par des motifs de ce dernier ordre, parce qu'il statue pour tous sans différence de religion, et que, dans tous les cas, il y aurait une singulière injustice à imposer une règle purement religieuse à ceux qui

[1] Concil. Trid., sess. xxiv, can. 7.
[2] Fleury, *Hist. Ecclés.*, cviii, 43.

appartiendraient à une autre croyance. Permettre le divorce n'est l'imposer à personne. Les catholiques peuvent se contenter de la séparation de corps, si bon leur semble; mais les protestants, les juifs, ne peuvent être tenus de s'en rapporter à l'autorité des conciles.

C'est ce qui nous excusera d'examiner ici, en pure philosophie, la convenance absolue du divorce, et les causes qui peuvent le motiver.

§ I.

De la Convenance du Divorce.

Je ne remonterai pas au droit naturel, dans lequel il serait difficile de rien trouver qui s'opposât à ce que les époux pussent rompre d'un commun accord le contrat de société formé entre eux. Ce ne peut être que de la loi civile que vienne l'empêchement. La loi civile défend bien des actes qui sans elle seraient licites; et en effet, je conçois qu'elle puisse prendre des précautions soit dans l'intérêt des époux eux-mêmes, soit dans l'intérêt d'autres personnes auxquelles ils pourraient nuire en se jouant du lien du mariage. S'il leur était permis de se séparer par pur caprice, alors je ne verrais plus de différence entre le mariage, union protégée par la société, et les amours fortuites que réprouve la morale. En tout état de cause, qu'on admette le divorce ou qu'on le repousse, il est bien entendu qu'il ne pourra être

permis que pour des causes graves et comme à regret. Mais enfin, par cela seul qu'en l'absence de lois positives, les époux pourraient se séparer, c'est à ceux qui prétendent leur en ôter le droit à faire valoir les raisons d'utilité sur lesquelles ils se fondent.

Ces raisons ne peuvent se rapporter qu'à l'ordre public, à l'intérêt des époux ou à celui des enfants. Si le divorce est autorisé, dit-on, les époux, à peine unis, ne songeront qu'à se séparer pour la moindre querelle ou pour satisfaire une passion passagère. Ils s'exagèreront leurs défauts; ils chercheront à se rendre la vie commune insupportable: tandis que sous l'empire de l'indissolubilité du mariage, ils fléchiront devant la nécessité, et finiront peut-être par trouver le bonheur dans leur union.

Les soumettra-t-on à des conditions pour obtenir le divorce? Le subordonnera-t-on à des faits graves, à des désordres, à des délits prouvant l'impossibilité de la vie commune? Ils commettront ces désordres, ces délits, tout exprès pour profiter du bénéfice de la loi.

A quoi bon, d'ailleurs, permettre une nouvelle union à ceux qui ont fait la triste expérience de leur peu d'aptitude à la vie conjugale? Est-ce pour qu'ils aillent porter la discorde dans de nouveaux liens?

Que sera-ce maintenant, si l'on considère l'intérêt des enfants, victimes innocentes des torts ou de l'inconduite de leurs père et mère? Ils auront sous les yeux le mauvais exemple d'un mariage rompu; la famille sera morcelée; plus de puissance pater-

nelle pour les maintenir dans la discipline. La déconsidération qui frappera leurs parents, réagira sur eux et détruira leur avenir. Que deviendront-ils si leurs père et mère se remarient? Une marâtre les exilera du foyer paternel, et l'affection de leur père, son patrimoine, passeront aux fruits de la nouvelle union.

Ces motifs sont graves, il faut le reconnaître; mais cependant je crois qu'il y a quelque chose à répondre à chacun d'eux.

Et d'abord pour l'intérêt des époux, je crois qu'il n'en faut pas parler : car ils sont les meilleurs juges de la question de savoir s'ils se conviennent ou s'ils ne se conviennent pas. Tout ce que la loi leur doit, c'est de prendre des précautions pour qu'ils ne cèdent pas à un mouvement de dépit ou de passion, et de les assujettir à des conditions qui assurent la persévérance de leur volonté. Mais si cette volonté est sérieuse, si elle est bien arrêtée, leur fût-elle même préjudiciable, le rôle de la loi n'est pas d'y mettre obstacle : car chacun est libre de se faire tort à lui-même, du moins on ne fait pas des lois pour l'en empêcher.

On concevrait encore que les époux se fussent tenu ce langage au moment de se marier : Nous allons entrer dans une société perpétuelle, la seule qui convienne à l'affection que nous éprouvons l'un pour l'autre, et à l'intérêt de la famille qui nous devra le jour. On concevrait que la femme ait dit à son mari : Je vais te sacrifier la couronne de ma pudeur; mais

c'est à condition que tu ne me délaisseras point sans ma volonté, pour voler à de nouveaux liens qui, à moi, me seraient peut-être impossibles. — Mais conçoit-on que les époux aient pu se dire : Nous allons nous lier par une chaîne si indissoluble, que quand même nous deviendrions plus tard de mortels ennemis, nous continuerons de vivre ensemble; nous nous soumettons à un tel joug, que quand même l'un de nous se jouerait de sa foi, violerait tous ses engagements, l'autre devra continuer de les observer; dût la vie commune n'être qu'une suite de combats et d'outrages, nous resterons soumis à cette vie commune, et nous donnons mandat au pouvoir social de nous y contraindre? Une pareille convention est-elle supposable? serait-elle valable, quand elle aurait été faite? Et si elle n'est pas valable, comment la loi peut-elle l'imposer aux époux?

On a beau dire que l'essai malheureux qu'ils ont fait montre suffisamment qu'ils ne sont pas propres à la vie du mariage. La seconde union qu'ils contracteront pourra être mieux assortie, et d'ailleurs personne ne sera forcé d'associer son sort au leur.

Les objections tirées de l'intérêt des enfants sont plus graves, parce qu'il est plus grave de nuire aux autres qu'à soi-même. Aussi reconnaîtrais-je que le divorce doit être condamné, s'il devait avoir sous ce rapport les conséquences funestes que l'on signale. Mais je crois que ces conséquences sont exagérées, ou que du moins elles se présenteront également dans le système de l'indissolubilité du mariage.

Et d'abord, quant au mauvais exemple que leur donnera la rupture du mariage, ce mauvais exemple serait-il moindre s'ils étaient les témoins obligés des outrages quotidiens et des luttes qui déchirent le ménage ?

L'affaiblissement du lien de famille, et par suite de la puissance paternelle, est un grand mal, mais un mal inévitable. Dans les pays même où le divorce n'est pas permis, il a bien fallu, par la force des choses, admettre la séparation de corps, qui n'en diffère que parce que les époux ne peuvent pas se remarier. Mais quant aux rapports de famille, les résultats sont les mêmes. Les enfants sont attribués par les tribunaux à l'une ou à l'autre des parties, ou bien ils sont placés dans des maisons d'éducation. Dans tous les cas, une grave atteinte est portée à la discipline domestique.

Toutefois, une grande différence, qu'il ne servirait à rien de dissimuler, existe entre le divorce et la séparation de corps, en ce que celle-ci, d'une part, admet la possibilité d'une réconciliation entre les époux, et que, d'autre part, ne leur permettant pas de former de nouveaux liens, elle empêche cette pluralité des familles toujours si déplorable pour les enfants.

C'est là que se concentre en définitive toute la difficulté, et l'on imagine assez de raisons dans les deux sens pour faire hésiter les esprits impartiaux. Toutefois le législateur devra peser plusieurs idées.

L'intérêt des enfants est-il le seul? et convient-il de leur sacrifier celui des père et mère à qui l'on

impose un célibat forcé! Cela même est-il désirable sous le rapport moral?

Les liaisons illicites dans lesquelles cet état de choses engagera presque nécessairement les époux, seront-elles d'un meilleur exemple pour les enfants?

On parle de la possibilité de la réconciliation dans la séparation de corps; mais en fait on sait qu'on n'en voit jamais dans la pratique, parce que les tribunaux, d'accord avec la loi, ne prononcent ces séparations que lorsque l'incompatibilité d'humeur entre les époux est réelle et irrémédiable.

Enfin, le sort des enfants, que l'on peint sous de tristes couleurs quand leurs parents, en se remariant, reportent toute leur affection sur les fruits d'une union plus heureuse; ce sort n'est-il pas absolument le même dans les secondes noces, quand c'est la mort qui a dissous le mariage? Et cependant on n'a pas regardé cette considération comme assez puissante pour condamner l'époux survivant à une perpétuelle solitude.

Il y a, je le sais, cette différence entre les deux cas, que la dissolution par prédécès est un fait fortuit, tandis que le divorce est un fait volontaire jusqu'à un certain point, et que les époux en pourraient faire naître les causes, dans la vue même de contracter une autre union. Mais si l'on se préoccupe de cet inconvénient, ce qui en résulterait au plus, c'est qu'on devrait refuser au coupable la faculté de se remarier. Quant à l'époux innocent, il ne s'ensuit aucunement qu'on doive user de la même rigueur à

son égard : car pour lui aussi les sévices dont il a eu à souffrir sont un cas fortuit, et le plus malheureux de tous!

Nous élèverons-nous maintenant au-dessus de la sphère de l'intérêt privé, pour envisager l'intérêt social! Il serait facile d'écrire des phrases sonores sur la pureté que la religion chrétienne a imprimée au mariage, sur la nécessité de sacrifier quelques époux malheureux pour le bien de tous les autres, sur la sainteté et la stabilité de l'union qui forme le fondement de la famille. Mais je crois qu'en cette matière l'intérêt social n'est vraiment pas distinct de l'intérêt des époux et des enfants; je crois que si le divorce n'avait pas d'inconvénients pour eux, il n'en aurait pas pour la société. Je crois enfin que ce qui importe n'est pas tant de prohiber le divorce que de le rendre difficile.

Il résulte peut-être de cette discussion, qu'au point de vue social et philosophique, il n'existe pas de raisons suffisantes pour condamner le divorce; que l'appréciation de la question religieuse doit être laissée à la conscience de chacun; que dans tous les cas, et en supposant même que le législateur s'inclinât devant la raison religieuse, il ne peut y soumettre avec justice que ses sujets catholiques, et qu'il devrait permettre le divorce à ceux qui sont d'une religion différente, afin de ne pas les tyranniser par la foi d'autrui[1].

[1] Je ne sais si, à l'exception des peuples catholiques, on en

Voyons maintenant quelles seront les causes qui donneront ouverture au divorce.

§ II.

Des Causes de Divorce.

Les anciens rendirent hommage en paroles à la stabilité du mariage. Chez les Thébains, nous dit-on, l'on brûlait devant la porte du mari l'essieu du char nuptial, pour donner à entendre à la nouvelle épouse « qu'il faut qu'elle demeure, veuille ou non, pour ce que la voiture qui la pourroit emmener est consommée[1]. » Mais cette morale n'était que pour la femme, à qui l'on refusait le droit de changer de mari, tandis qu'elle pouvait être répudiée, ici sans motifs, là pour des causes plus ou moins légères[2]. Chez les Romains, vers les derniers temps de la république, une sorte d'égalité se rétablit entre les deux époux,

pourrait citer un seul chez qui le divorce ait été absolument repoussé. Du reste, beaucoup de législateurs catholiques ont distingué entre les sujets des diverses religions, en le permettant à ceux à qui leur culte le permet (V. Code autrichien, art. 115). En Toscane, où le Concile de Trente est reçu, on admet les juifs à divorcer. Forti, t. II, p. 400.

1 Amyot, *Questions romaines*, XXIX.

2 Ainsi, chez les juifs, il y avait dissentiment entre les rabbins. Schamaï et son école voulaient que la femme eût fait quelque chose de honteux; au contraire, Hillel enseignait qu'on pouvait la répudier *ad libitum*, quand elle n'aurait fait que trop saler les mets. Mischna, t. III, p. 358.

qui pouvaient rompre leur union, non-seulement d'un commun accord, mais aussi par la volonté de chacun d'eux. Alors, à bien dire, le mariage n'exista plus; un concubinage honorable en avait pris la place.

Quand le christianisme intervint dans les affaires du monde, il s'affligea de ce désordre. Par une de ces oscillations qui emportent tour-à-tour l'esprit humain au-delà du centre de vérité, il proclama l'indissolubilité absolue du mariage; mais il ne parvint pas à faire entrer ce dogme dans la législation. Les premiers empereurs chrétiens se contentèrent de limiter les causes du divorce, qui resta permis pendant tout le moyen âge; et les législateurs les moins suspects d'irréligion l'autorisèrent souvent pour des motifs très-frivoles [1].

Le juste milieu de la raison est peut-être difficile à rencontrer. Nous essaierons de nous y tenir en passant en revue les principales causes qui ont été admises soit par les lois anciennes, soit par les lois modernes.

1° *Divorce par consentement mutuel.* — Il sera prudent de le proscrire tout-à-fait : car la possibilité

[1] Je me contenterai d'en citer un exemple emprunté aux Assises de Jérusalem, œuvre des compagnons de Godefroy de Bouillon, en usant, et pour cause, de la traduction italienne : « *Se cui homo prende moglie, la qual poi diventa lazarina...* o gli spuzza troppo la bocca o che la pissa ogni notte in letto, si che tutti li drappi si guastino, *la rason commanda che sel marito si rechiama a la chiesia et non vole esser con lei, per il mal che l'ha, la chiesia debba spartirli de jure.* » (Cour basse, ch. 155.)

même de se séparer en ferait naître le désir. On objecterait en vain que si les époux tiennent à divorcer, ils en seront réduits à commettre des actes plus graves pour y parvenir par une voie détournée. Il ne faut pas supposer un calcul aussi odieux, dont le cœur humain ne serait capable que dans de rares exceptions. Ce serait d'ailleurs aux tribunaux à déjouer ce qu'il y aurait de simulé dans les faits qu'on leur dénoncerait.

2° *Adultère.* — L'adultère est la violation la plus grave des obligations du mariage, et en même temps l'injure la plus cruelle à l'autre époux. C'est la cause la plus universellement reconnue du divorce, et la seule sur laquelle l'Eglise ait hésité[1].

Malgré la distinction faite par le droit positif, l'adultère de l'homme doit autoriser le divorce comme celui de la femme : car, bien que les suites en soient moins dangereuses, il y a même manquement à la foi promise, même injure à l'autre époux[2].

Si les deux époux sont coupables du même délit, le droit romain paraît dire que les deux fautes se

[1] Saint Augustin avoue qu'il y a tant d'obscurité sur ce point dans les lois divines, que celui qui se remarie ne lui paraît coupable que d'un péché véniel (*de Fide in operib.*, c. 19). — Saint Ambroise est plus explicite : « *Viro licet uxorem ducere, si dimiserit uxorem peccantem, quia non ista lege adstringitur vir sicut mulier : capax enim mulieris vir est.* » (Comm. in Epist. I ad Cor.)

[2] Le Code du pays de Vaud ne fait plus aucune distinction entre l'adultère du mari et de la femme (art. 128).

compensent[1]. Il serait singulier qu'un contrat doublement violé n'en fût que plus solide. Il serait aussi bien périlleux pour la morale d'ériger en principe que, parce que l'un des époux aurait failli une fois, l'autre pourrait à l'avenir s'abandonner en toute sûreté à ses déréglements. Dans tous les cas, les fautes ne se compensent que quand elles sont d'égale gravité, et il y a de nombreux degrés dans l'inconduite. C'est donc une question qui ne peut être décidée qu'en fait.

Que si l'adultère avait été commis tout exprès pour forcer l'autre époux à provoquer le divorce, ce ne serait pas une raison pour rejeter la demande de celui-ci, pourvu qu'il ne fût point suspect d'avoir adhéré à ce calcul.

3° *Incompatibilité d'humeurs, outrages, mauvais traitements.* — C'est le cas de nécessité où la loi doit intervenir pour dissoudre une union impossible, et peut-être pour prévenir les crimes que la haine pourrait conseiller aux époux.

Il est évident seulement qu'il faut avoir égard en cette matière au rang et à la qualité des personnes, parce que les mauvais traitements ne s'apprécient pas de même dans les diverses classes de la société.

[1] *Paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur.* Papinien, l. 39, solut. Matr., ff. Toutefois, il faut noter que Papinien n'avait pas à examiner la possibilité du divorce, qui, chez les Romains, pouvait toujours avoir lieu par la volonté d'un seul des époux. Il ne discute que le point de savoir si les époux peuvent réclamer l'un de l'autre la peine pécuniaire due par l'époux qui a rendu le divorce nécessaire.

4° *Abandon volontaire.* — Justinien, en limitant les causes du divorce, y avait compris la disparition volontaire (*desertio malitiosa*) du mari, lorsque pendant trois ans il avait délaissé sans motifs le domicile conjugal. C'est encore aujourd'hui le droit commun des religions dissidentes [1]. Mais bien que ce fait contienne une violation du contrat de mariage, je n'y verrais pas une cause suffisante de divorce, soit parce que l'injure faite à l'autre époux n'est pas intolérable, soit parce que l'absence peut venir à cesser d'un jour à l'autre.

5° *Maladies ou infirmités incurables.* — Au moyen âge, on autorisait le divorce pour certaines maladies, telles que la lèpre, et même pour des infirmités beaucoup moins graves [2]. C'était méconnaître le but du mariage, dont le lien doit se resserrer à mesure que le besoin d'assistance devient plus grand. Jamais le malheur seul ne doit être une raison pour le dissoudre.

6° *Condamnation à une peine infamante pour crime.* — On ne peut supposer que l'époux innocent aurait consenti à unir son sort à un meurtrier ou à un voleur. Si chacun doit prendre sa part des malheurs de l'autre, cette noble communauté ne s'étend pas à l'infamie. On ne peut exiger d'un époux qu'il continue de vivre avec un malfaiteur, ni qu'il se con-

[1] *Sic* en Danemarck. — En Russie, l'absence doit avoir duré cinq ans (art. 34).

[2] *Vid. supr.*, p. 127.

damne à un perpétuel veuvage; et s'il était assez vertueux pour s'en imposer le devoir, dans tous les cas ce n'est pas à la loi à lui dicter un dévouement si sublime.

Nous n'entendons pas pour cela approuver la mort civile, ni nous prononcer sur la question de savoir si, dans l'état actuel des choses en France, la mort civile dissout le mariage. Il est clair que, pour être bien faite, la loi ne devrait autoriser que le seul époux innocent à provoquer le divorce en pareil cas.

§ III.

Des Effets du Divorce.

L'effet du divorce, étant de rompre le mariage, fait cesser la puissance maritale, ainsi que la présomption qui attribue au mari les enfants nés de la femme. Il devra aussi, en règle générale, être permis aux époux de se remarier. Cependant, je crois qu'il serait prudent de faire ici une distinction.

Celui qui mérite la compassion de la loi, c'est l'époux innocent, c'est celui que l'inconduite ou la brutalité de son conjoint force à provoquer la dissolution du mariage. Celui, au contraire, qui est la cause de cette dissolution, est justement suspect: suspect d'abord d'être impropre à la vie commune; suspect aussi d'avoir poussé au divorce par l'envie de contracter une autre union. Dans tous les cas, il est peu digne de faveur.

D'un autre côté, nous avons remarqué que la principale objection au remariage des père et mère se déduisait de l'intérêt des enfants; tellement que, là où il n'existe pas d'enfants, les inconvénients en sont nuls ou du moins considérablement réduits. En combinant ces idées, peut-être serait-il permis d'arriver au résultat suivant :

S'il n'existe pas d'enfants, permettre le mariage aux époux divorcés, sans distinction;

S'il en existe, ne le permettre qu'à celui qui a obtenu le divorce contre l'autre.

Enfin, comme le divorce ne doit pas être un jeu; comme d'ailleurs celui qui, ayant essayé de deux unions, n'y aurait apporté que la discorde, ne saurait être présumé devoir être plus heureux dans une troisième, il serait sage de décider qu'un époux divorcé deux fois ne pourrait plus se remarier.

Avec ces limitations, le divorce paraît offrir à la société plus d'avantages que d'inconvénients. C'est un mal sans doute, mais un de ces maux nécessaires qu'entraînent avec elles les institutions les plus nobles et les plus bienfaisantes, parce qu'il n'est rien que ne corrompe l'imperfection de la nature de l'homme.

CHAPITRE XV.

De la Séparation de Corps.

Lorsque les tribunaux ecclésiastiques, si nombreux au moyen âge, eurent attiré à eux toutes les causes matrimoniales, sous prétexte que le mariage était un sacrement, ils substituèrent au divorce, que l'Eglise condamnait, la séparation de corps, appelée par les canonistes *separatio quoad mensam et torum*. Ce divorce catholique avait pour effet, lorsque les époux ne pouvaient continuer de vivre ensemble, de leur assigner un domicile séparé, en faisant cesser toute communauté de biens comme tout rapport de personnes, mais avec cette grande différence, qu'il leur était interdit de se remarier.

Lors même que la loi consacrerait le divorce, elle devrait en même temps conserver la séparation de corps pour ceux à qui leur conscience ne permettrait pas de recourir au premier moyen.

Chez nous, qui ne reconnaissons que la séparation de corps, le lien du mariage, qui subsiste quoique relâché, produit encore deux effets entre les époux: le premier, que la femme reste soumise à l'autorité de son mari pour tous les actes qui excèderaient l'administration de ses biens, sauf à elle à se faire autoriser en justice si le mari refusait son consentement sans motifs; le second, que les enfants

nés postérieurement à la séparation naissent toujours à l'abri de la maxime *Pater is est quem nuptiæ demonstrant.*

Ce dernier effet, qui ne peut guère être qu'un oubli de la loi, est injuste de l'aveu de tout le monde, puisqu'il favorise l'inconduite de la femme, et que d'ailleurs le mari, qui n'a plus le droit de cohabiter avec elle, ne peut sans contradiction être réputé le père de ses enfants. Cette partie de nos Codes attend une réforme réalisée déjà dans ceux de la plupart des peuples voisins [1].

CHAPITRE XVI.

De la Puissance paternelle.

En envisageant l'institution de la puissance paternelle, si essentielle au bien de la société, il nous semble utile d'en rechercher d'abord les fondements historiques et philosophiques, avant d'examiner quels en devront être les effets.

§ I.

De ce qu'a été la Puissance paternelle en fait.

La puissance paternelle, telle qu'elle a été réglée par les législateurs primitifs ou par l'usage, a été

[1] Code de la Louisiane (art. 207); des Pays-Bas (art. 309); des Etats Sardes (art. 152); etc.

considérée chez les différents peuples comme une propriété à l'avantage du père, à qui l'on paraissait reconnaître le droit de disposer de la personne de ses enfants comme de tout autre fruit de son industrie. Des savants ont voulu, il est vrai, signaler une espèce d'opposition entre la *potestas* des Romains et le *mundium* des peuples du nord, dans lequel ils ont voulu voir un pouvoir plus doux et plus tutélaire. Mais si l'on étudie les faits avec impartialité, l'on se convaincra que les idées furent à peu près les mêmes chez les trois principales races de l'Europe, la race romaine, la race germanique et la race slave.

Chez les Romains, nous dit-on, l'on apportait l'enfant nouveau né à son père. S'il en détournait la vue, l'enfant était exposé; s'il le prenait dans ses bras (*tollebat*), il devenait membre de la famille; de là le mot *élever*. Du reste, à quelque âge que ce fût, son père pouvait le vendre, le condamner à mort. Tous les biens acquis par son fils lui appartenaient, même les enfants de ce dernier, que l'on considérait comme des biens. Aucun âge, aucun autre évènement que la volonté du père, ne pouvait mettre fin à cette puissance si rigoureuse, que les lois ne parvinrent que tardivement à adoucir [1].

Chez les anciens Germains, l'enfant qui vient de naître reste sur la terre jusqu'à ce que son père ait prononcé sur son sort [2]. S'il est contrefait, s'il est débile, si le jour est néfaste, ou s'il y a disette, on

[1] Denys d'Halic., II, 26, 27. — L. 5, *de leg. Pomp.*, ff.
[2] Grimm, *Antiquités du Droit*, p. 455.

l'expose. Même avant l'établissement du christianisme, les *sagas* de la Scandinavie parlent d'une lustration qui consiste à verser de l'eau sur la tête de l'enfant [1]. Après cette cérémonie, qui le rend membre de la famille, il ne peut plus être exposé, mais il peut encore être vendu [2]. Le christianisme, qui avait défendu l'exposition, n'avait pas défendu la vente, et encore l'exposition paraît n'avoir été considérée comme coupable que quand l'enfant avait été baptisé. De là la coutume de mettre du sel à côté de lui, pour montrer qu'il n'avait pas encore reçu le baptême, coutume qui s'était perpétuée très-tard dans le moyen âge [3].

Les peuples slaves eurent les mêmes usages. Ils exposaient les filles, et laissaient vivre les mâles [4]. D'après la Pravda Rouska, la plus ancienne loi des Russes, le voleur est livré comme esclave, et avec lui sa femme et ses enfants [5]; le père dispose comme il veut du bien de ses fils. A une époque beaucoup plus récente, ces idées s'étaient peu mitigées sous l'influence de la religion chrétienne, puisque l'Uloschénie statue que si un père entre dans un couvent, il ne pourra plus vendre ses enfants [6]: il en avait donc

[1] *Gunnlaug Saga*, p. 202, 203. — *Hords Saga*, c. 7.

[2] Les Capitulaires chrétiens de Charlemagne consacrent encore ce droit de vente; Georgiscu, 1513.

[3] Grimm, *ibid.*, p. 457.

[4] *Nam crudelitate paganica puellas necare et mares reservare solebant.* (Vita B. Otton., p. 470.)

[5] Maciejowski, *Histoire du Droit slave*, part. II, § 220.

[6] *Uloschénie*, xx, 45. Ce Code de lois russes fut publié par Alexis Michaëlovitch, père de Pierre I.

le pouvoir en règle générale. Cette même loi lui reconnaît le droit d'affranchir par testament les esclaves qui peuvent leur appartenir[1].

Il résulte de ce qu'on vient de lire, si je ne me trompe, que les idées des peuples primitifs sur la puissance paternelle, résultat du droit du plus fort et de l'esprit de propriété, furent partout à peu près les mêmes et partout également injustes.

§ II.

Opinions des Philosophes sur la Puissance paternelle.

Les anciens expliquèrent le principe de cette puissance par le respect que nous devons à ceux de qui nous tenons le bienfait de l'existence[2]. Il faut avouer qu'il est difficile cependant de partir, en matière de législation, de cette idée, plutôt morale que juridique. Outre cela, on peut douter que ce soit un grand bienfait que le don de la vie; on peut douter surtout qu'il y ait lieu à la reconnaissance, lorsque le bienfaiteur n'avait pas l'intention de rendre service: l'acte matériel de la conception n'est donc pas ce qui justifie la puissance paternelle.

Pufendorff prétendait la fonder « sur un consentement *présumé* des enfants, et par conséquent sur une espèce de convention tacite[3]. » Mais il est clair que

[1] *Ibid.*, xx, 106.
[2] V. Xenophon, *Entretiens de Socrate*, liv. ii, ch. ix.
[3] Pufendorff, liv. vi, ch. 2.

les enfants, lorsqu'ils sont en bas âge, ne peuvent donner aucune espèce de consentement : en sorte que c'est faire reposer cette puissance sur un fondement qui ne peut pas exister et qu'on avoue ne pas pouvoir exister.

Le célèbre rédacteur du Code Frédéric, Cocceji, allègue, dans ce Code, trois nouvelles raisons, savoir : 1° que les enfants sont procréés dans la maison dont le père est le chef; 2° qu'ils naissent dans une famille dont il est le chef; 3° qu'ils sont de sa semence et une partie de son corps. — Mais ces raisons, aussi douteuses en logique qu'en physiologie, semblent appartenir à cette classe d'arguments qu'on appelait autrefois dans l'école : *Baculus stat in angulo, ergo pluit.* D'après cela, si un enfant naissait dans le cours d'un voyage, son père serait sans autorité sur lui; et dans tous les cas, cette autorité appartiendrait à la mère à un titre plus légitime que le sien.

Une autre opinion beaucoup plus grave, comme ayant été celle des Romains, de Grotius, de Hobbes, de Montesquieu [1], a été répétée de nos jours par M. de Rotteck, qui voit dans la puissance paternelle un droit de propriété si bien caractérisé, qu'il n'y en a pas, suivant lui, qui ait le même degré d'évidence. Il se fonde sur ce que l'enfant est d'abord une partie du corps de sa mère, et par conséquent sa propriété; d'où il conclut qu'après sa naissance l'enfant continue *à former une partie de la personnalité de ses pa-*

[1] V. Grotius, liv. II, ch. 5, § 1; — Hobbes, *de Cive*, c. 9; — Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. 23, ch. 7.

rents [1]. Mais ce principe ne peut nous expliquer ni comment l'enfant est soumis au pouvoir de son père plutôt qu'à celui de sa mère, ni comment cette propriété s'affaiblit et s'éteint avec l'âge, contre l'habitude de toutes les propriétés.

Quoi qu'il en soit, il faut distinguer ici deux choses trop souvent confondues : l'affection que l'enfant doit à ses père et mère, chose de pure morale, et la puissance paternelle proprement dite, chose de droit ou de législation. Il n'est pas douteux que l'enfant ne doive de l'affection et de la reconnaissance à ses parents, bien qu'il n'en faille pas chercher le principe, nous l'avons dit, dans l'acte de la conception, tout égoïste de leur part. Mais on ne peut pas contraindre à l'affection, et par conséquent ce n'est point là une chose dont nous ayons à nous occuper.

Quant à la puissance paternelle, susceptible de se traduire en effets juridiques, rien ne nous semble plus facile que de la justifier et même de déterminer sa nature. Elle existe tout simplement parce qu'elle est nécessaire et qu'elle ne peut pas ne pas exister. L'enfant, ayant, dans ses premières années, des besoins qu'il ne peut satisfaire, étant exposé à des dangers qu'il ne peut éviter, ne saurait arriver à l'âge d'homme sans la protection de ses parents. Ceux-ci lui doivent cette protection par la loi la plus évidente de la nature. Mais d'un autre côté, comme il n'y a pas de protection sans obéissance, ils ont droit à exercer sur lui cette puissance sans laquelle ils

[1] Rotteck, *Droit de la Raison*, t. I, § 73.

ne pourraient ni le détourner du mal, ni le guider dans la voie du bien. Le même principe qui fait que le maître ouvrier doit être obéi de son apprenti, fait aussi que l'enfant, dans le grand apprentissage de la vie, doit obéissance au chef de la famille.

Tirons de là une conclusion : c'est que la puissance paternelle n'est ni une propriété ni un moyen de lucre pour les parents, mais une protection toute dans l'intérêt des enfants, et qu'elle doit cesser par conséquent dès qu'elle ne leur est plus utile.

§ III.

Des Effets de la Puissance paternelle.

On déduira facilement des principes posés dans le paragraphe précédent, quels devront être les effets de la puissance paternelle, soit sur la personne, soit sur les biens des enfants.

1° *Droits sur la Personne.*— Ces droits se borneront à ce qui est nécessaire pour assurer la discipline domestique, et pour détourner de l'enfant les dangers auxquels l'exposeraient son imprudence ou ses passions. Mais la raison n'autorise de près ni de loin rien de pareil à ces droits barbares de vente ou de vie et de mort consacrés cependant par les premières lois de tous les peuples [1].

[1] On voit avec peine Burlamaqui enseigner encore que le père peut vendre ses enfants pour une juste cause, par exemple s'il est dans la misère. (*Droit naturel*, t. III, p. 430.)

2° *Droits sur les Biens.* — Le père ne doit avoir sur les biens qu'un droit d'administration, parce que l'enfant n'est pas capable d'administrer lui-même, et aussi parce que s'il touchait ses revenus, il pourrait s'en faire un moyen pour échapper à l'autorité paternelle. Mais on ne saurait justifier les législations qui attribuent au père les acquisitions de son fils : Je t'ai mis au monde, donc ce que tu as m'appartient, est un raisonnement très-peu concluant. On doit considérer comme un reste de la rigueur des lois anciennes la disposition de la plupart des codes modernes qui attribue encore aux parents les biens de leurs enfants, sinon pour le domaine, au moins pour les revenus [1]. Ce que nous trouvons injuste pour le tout ne saurait être juste pour la partie.

Si, du reste, nos lois paraissent trop favorables aux pères et mères sous ce rapport, sous d'autres au contraire elles ne donnent point assez de ressort à la puissance paternelle, notamment en ce qu'elles en déclarent l'enfant trop tôt libéré. Une autorité dont le terme approche n'est plus respectée, et chacun sait si aujourd'hui un fils de 18 à 20 ans, c'est-à-dire dans l'âge où il aurait le plus besoin de frein, est soumis à une autorité quelconque, surtout quand il possède des biens personnels. Peut-être doit-on regarder comme préférable le droit commun de l'Eu-

[1] Notre Code est dans ce cas (art. 384). Mais le Code autrichien (art. 149) et le Code russe (art. 140) n'accordent aucun usufruit aux père et mère, qui doivent rendre compte, à la majorité de l'enfant, de tout ce qu'ils ont perçu.

rope, d'après lequel l'enfant reste en puissance jusqu'à ce qu'il se marie où jusqu'à ce qu'il forme un établissement séparé, deux évènements qui lui mettent du sérieux dans les idées, en fixant seulement un âge, celui de 25 ans par exemple, auquel son père ne pourrait plus refuser son consentement à cet effet [1].

Si chacun réfléchit sur ce qui se passe autour de lui, il verra que les jeunes gens qui ont le plus mal réussi dans le monde sont précisément ceux qui se sont trouvés de bonne heure dans l'indépendance, soit par la mort de leurs parents, soit par leur trop de facilité. De là bien des personnes ont conclu qu'il fallait être circonspect à blâmer la rigueur apparente des lois anciennes, rigueur qui, tempérée dans le fait par les mœurs, avait seulement pour effet de retenir les enfants dans la ligne du devoir. Sans réclamer dans la loi des dispositions dont il serait impos-

[1] Dans le Code de Bavière (liv. I, chap. 3 et 4), la puissance paternelle ne finit ni par l'âge, ni par le mariage, mais par le fait de l'établissement séparé que l'enfant a droit de former à 25 ans. — Dans le Code sarde, si remarquable à tant d'égards, le fils peut aussi, à 25 ans, soumettre au Tribunal les motifs qui lui font désirer un établissement séparé, seule cause d'extinction de la puissance paternelle, qui, de cette manière, ne peut prendre fin que par une décision judiciaire, à moins que le père ne consente à émanciper (art. 213, *junct.* 238). En Espagne, la puissance paternelle ne finit que par le mariage, d'après la *Nova Recopilacion;* auparavant, elle était perpétuelle, conformément au droit romain, dont toutes les prescriptions en matière de pécules sont encore en vigueur. (Sala, *Ilustracion del Derecho*, t. I, p. 41.)

sible de permettre l'application, du moins il nous paraîtrait désirable qu'on organisât d'une manière plus forte la puissance paternelle, cette base si importante de la morale et de l'ordre dans la société.

Je n'ajoute plus qu'un mot sur l'*émancipation*, qui n'est que la renonciation du père de famille à son pouvoir. Elle était indispensable, comme correctif de la rigueur de la loi, quand on faisait de la puissance paternelle une tyrannie perpétuelle, et même une espèce de spéculation pécuniaire au profit des ascendants. En partant au contraire de l'idée que cette puissance n'est établie que dans l'intérêt des enfants, on ne devra la considérer que comme un moyen de constituer le père juge de l'intelligence et de la maturité de son fils, dans les cas où celui-ci devancerait l'âge déterminé par la loi.

CHAPITRE XVII.

Des Enfants naturels.

On appelle enfants naturels tous ceux qui sont nés hors mariage.

La condition qu'il convient de leur faire dans l'état de société forme l'un des sujets les plus dignes de l'attention du jurisconsulte. Les mettre sur la même ligne que la postérité légitime, serait proclamer l'in-

utilité du mariage; mais d'un autre côté, déployer contre eux les rigueurs de la loi, n'est-ce pas frapper l'innocent, tandis que l'opinion, si injuste dans ses préjugés, applaudit souvent au coupable? En essayant de définir ces idées, où la logique est difficile à concilier avec la justice, j'examinerai séparément les trois points suivants: 1° si la loi doit établir des différences entre les enfants naturels et les enfants légitimes; 2° quelles doivent être ces différences; 3° si la recherche de la paternité doit être admise.

§ I.

Si la Loi doit établir des différences entre les Enfants naturels et les Enfants légitimes.

La raison dit que les enfants naturels ne sont pas coupables de l'irrégularité de leur naissance, et le lien qui les unit à leurs parents est absolument le même, aux yeux de la nature, que celui qui serait consacré par le mariage. Ce n'est donc point certainement dans un démérite personnel qu'il faut chercher la cause propre à justifier la défaveur avec laquelle ils sont envisagés.

Est-ce par ce sentiment, est-ce par le peu de respect pour le lien du mariage, est-ce par une erreur de physiologie, que certains législateurs n'ont fait aucune différence entre la condition des enfants[1]?

[1] En Egypte, tous les enfants étaient légitimes, au témoignage de Diodore, suivant qui cela tenait à l'idée qu'avaient les Egyp-

Est-ce par la même raison que quelques philosophes ont professé la doctrine d'une égalité absolue entre eux[1]? Toujours est-il que, s'il ne peut pas être question de punir les enfants naturels, parce qu'ils n'ont pas commis de faute, il ne manque pas d'autres motifs pour ne pas leur accorder les mêmes priviléges qu'à ceux issus du mariage.

Le but du législateur en cette matière doit être de détourner autant que possible de la procréation de ces sortes d'enfants, et cela soit par des considérations d'intérêt social, soit même dans leur propre intérêt.

Dans l'intérêt de la société, il est à désirer que les parents vivent plutôt dans le mariage que dans le concubinage, parce qu'ils y puiseront des habitudes d'ordre, et que les enfants qui en naîtront auront sous les yeux des exemples moraux, propres à les former à la vie de famille et à en faire de bons citoyens.

Mais il n'est dans l'intérêt de personne plus que dans celui des enfants naturels eux-mêmes de multiplier les mesures qui tendront à en diminuer le nombre, tant leur condition est malheureuse! — Et c'est peut-être ce qui justifie les rigueurs de la loi, ainsi que le montreront quelques considérations économiques.

En France, il naît par an 75,000 enfants naturels sur un nombre total de naissances de 920,000 à

tiens que le père seul donnait l'être, et que la mère ne fournissait que le lieu et la nourriture (τροφὴν καὶ χώραν). Diodore, I, 80.

[1] Wolff., *Instit. Jur. Nat.*, n° 945.

peu près, c'est-à-dire environ le douzième[1]. D'autres pays, tels que le Portugal, l'Allemagne, le Danemarck, sont plus chargés; d'autres le sont moins. Mais en admettant seulement une moyenne d'un vingtième sur la population de l'Europe, qu'on évalue à 200,000,000 d'habitants, on ne peut pas estimer à moins de 10 millions le chiffre des enfants naturels qui existent aujourd'hui dans l'Europe.

La statistique peut instruire jusqu'à un certain point des dangers matériels et de la démoralisation qui les attendent. Dès avant leur naissance, ils sont exposés à des chances de destruction : car on a calculé qu'il ne se trouvait qu'un mort-né sur 25 légitimes, tandis qu'on en compte un sur 12 illégitimes[2]. Quant aux infanticides, on sait qu'ils portent sans exception sur ces derniers; et pour les avortements, on ne peut qu'en soupçonner le nombre, qui doit être considérable.

Selon M. Guerry, les 3/5 de ces enfants sont abandonnés par leurs mères, et viennent former cette nation d'enfants trouvés qui grossit continuellement en France[3]. Leur nombre, qui était de 40,000 avant 1789, s'élevait, en 1833, à 139,000 à la charge des établissements publics; et la proportion ne paraît pas être moindre dans les autres pays de l'Europe[4].

[1] Tels étaient les chiffres pour 1835, suivant les statistiques publiées par le ministre du commerce.

[2] Quetelet, *Sur l'Homme et sur ses Facultés*, t. I, p. 129.

[3] Guerry, *Statistique morale de la France*, p. 52.

[4] Suivant un tableau de M. de Châteauneuf, il y a, sur 100 naissances:

naisse ou qu'il ne naisse pas un grand nombre de bâtards. Il semble seulement qu'il serait plus juste de sévir contre les parents que contre le fruit innocent de leur faute? Pourquoi ne le fait-on pas? Pourquoi n'érige-t-on pas en délit le fait de mettre au monde des enfants illégitimes? La raison en est, pour beaucoup, dans ce qu'on appelle la facilité des mœurs. Une autre considération plus rationnelle se tire de l'intérêt des enfants eux-mêmes : car toute peine aurait pour effet inévitable de multiplier les avortements, les naissances secrètes, les expositions et les infanticides.

Dès-lors, la loi, dans son désir d'engager les parents à former les liens du mariage, n'a eu d'autre moyen que de manifester son improbation contre les enfants eux-mêmes. Toutefois elle n'aurait pu, sans injustice, prendre indifféremment tous les moyens. Ces enfants sont innocents, nous l'avons dit : elle ne pouvait donc prononcer contre eux aucune peine, c'est-à-dire les priver d'aucun droit qu'ils tiennent de la nature, parce qu'ils n'ont pas démérité. Mais elle peut les priver des prérogatives que le droit purement positif fait reposer sur le lien de famille, parce qu'alors elle ne les punit pas, mais elle récompense, elle encourage la légitimité. Ceci nous amène au second objet de ce chapitre.

§ II.

Quelles différences doit-on établir entre la Condition des Enfants légitimes et des Enfants naturels?

Point de punition, point de flétrissure contre les enfants naturels; mais leur refuser tous les droits purement civils de la famille, dont ils ne font point partie, telle doit être la pensée qui guidera le législateur.

Tantôt les enfants naturels ont été l'objet de la colère de la loi; tantôt ils ont été traités trop favorablement : tant il est difficile, en ce qui les concerne, de se maintenir dans la ligne de la raison! Aussi ne trouverait-on que peu d'enseignements à faire ressortir de l'étude des législations anciennes ou modernes [1].

L'ancien droit germanique des Capitulaires ne considère pas ces enfants comme membres de la famille, et ne leur accorde pas en général les droits de successibilité [2].

En France, avant saint Louis, ils étaient réputés serfs du seigneur dans les domaines duquel ils venaient au monde [3]. Le droit espagnol avait sans doute

[1] On peut consulter à ce sujet de savants articles de M. Kœnigswarter sur l'*Histoire de la Législation des Enfants naturels depuis les temps anciens*, dans la *Revue Fœlix*, t. IX.

[2] Capitul., lib. VII, cap. 59 et 463.

[3] Delecusière, *Glossaire*, v° *Bastard*.

plus de raison de déclarer tous les enfants trouvés légitimes et gentilshommes.

Bâtard ne peut tester, disaient plusieurs de nos anciennes coutumes, en cela fort injustes : car quel rapport y a-t-il entre la naissance d'un homme et le droit de disposer de ses biens ? mais les seigneurs tenaient à se ménager la déshérence [1].

On doit blâmer également les législations qui déclaraient les bâtards incapables de toutes fonctions et de tous honneurs ; et le droit canonique lui-même, bien qu'il eût adouci leur condition à plusieurs égards, n'était point à l'abri de ce reproche quand il leur déniait l'aptitude à la prêtrise.

Au contraire, on tombait ailleurs dans un excès plus grave peut-être, en les traitant avec un excès de faveur, notamment en Portugal, où ils étaient appelés à la succession de leurs parents concurremment avec les enfants légitimes [2].

La justice paraît être d'accorder aux enfants illégitimes les droits civils et politiques en général, comme aux autres citoyens : car la loi ne doit pas se plier aux vains préjugés de l'opinion quand ils s'attachent à poursuivre celui qui n'a rien à se reprocher. J'excepte, comme je l'ai dit, cette espèce de droits civils qui ne reposent que sur le lien de famille, moins parce que ce sont des prérogatives dont la loi peut disposer, que parce que les enfants

[1] Cout. de Lille, ch. 2. — Haynaut, *id.* Rheims, art. 342.
[2] V. *supr.*, t. I, p. 253.

naturels ne sont point de la famille telle qu'on doit l'entendre.

On devra surtout leur refuser celles de ces prérogatives dont la privation pourra être considérée comme une punition pour leurs père et mère. Ainsi, dans aucun cas, il ne devrait leur être permis de porter le nom de leurs parents, ni d'exercer dans leur famille les droits de tutelle ou de curatelle, ni enfin de leur succéder : car l'espérance de transmettre ses biens à ses descendants est l'une de celles qui flattent le plus doucement le cœur de l'homme.

Si le droit de succession était un droit naturel basé sur le lien du sang, il ne serait pas possible d'en priver ces enfants, qui n'ont pas plus démérité que des enfants légitimes. Mais nous verrons plus bas qu'il n'en est pas ainsi, et que ce droit n'est qu'un bénéfice de la loi positive, qu'elle peut par conséquent donner ou retirer par des considérations d'utilité.

Enfin, dans aucun cas, les parents ne devraient hériter de leur postérité naturelle, rien n'étant plus contradictoire que de voir la loi leur accorder une récompense quand ils ne mériteraient que blâme et punition.

Mais on reconnaîtra aux enfants naturels le droit d'exiger des aliments de leurs père et mère, soit de leur vivant, soit contre leur succession, parce que, leur ayant donné l'être par un délit, ils se sont tacitement obligés à les nourrir.

Nous ne nous étendrons pas davantage pour le moment sur ces questions, auxquelles nous reviendrons quand nous traiterons des hérédités.

§ III.

De la Recherche de la Paternité.

La question de savoir si la recherche de la paternité doit être permise à l'enfant naturel, dépend de quelques autres qu'il faut d'abord examiner [1].

La première est de savoir s'il a un droit à faire valoir contre ses père et mère : question à laquelle je répondrai affirmativement, sans me livrer à une longue discussion, tant il est évident que ses parents sont au moins obligés de l'élever et de le nourrir. Aucune législation, que je sache, n'a méconnu ce principe en ce qui concerne la mère. Or, il serait difficile de prétendre que les liens qui unissent le père à son enfant soient moins forts ou d'une autre nature.

Si donc l'on reconnaît à l'enfant naturel le droit de rechercher sa mère pour obtenir contre elle certaines condamnations, tandis qu'on lui refuse le même droit contre son père, ce ne peut pas être parce qu'il a moins de droit contre celui-ci. Mais il faut rechercher quelque autre raison pour motiver cette différence.

Cette raison serait-elle dans l'impossibilité de la preuve? car on sait que ce n'est pas assez qu'un droit existe pour que la loi le consacre, s'il ne peut pas

[1] V. sur ce sujet un bon article de M. Zachariæ, dans la *Kritische Zeitschrift* de Heidelberg, t. x, p. 1 et suiv.

encore être prouvé. Il faut sans doute convenir qu'il est plus difficile d'établir le fait de la paternité que le fait de la maternité, parce que l'accouchement est une circonstance palpable, tandis que la conception est entourée de mystère. Cependant ce fait de la paternité n'est pas non plus impossible à établir, sinon avec une certitude complète, du moins avec un degré de probabilité aussi grand que celui dont on est forcé de se contenter dans la plupart des affaires humaines.

Il ne faut pas oublier qu'il s'agit ici d'un délit qui a causé du préjudice à quelqu'un. Or, de même que, lorsqu'on voit un homme cacher du feu sous un tas de paille et la maison brûler quelque temps après, on le condamne comme incendiaire, quoiqu'il puisse se faire à toute force qu'une autre cause ait déterminé l'incendie; de même il n'y aurait pas d'injustice à déclarer père de l'enfant celui que ses relations avec la mère désigneraient comme tel, selon toutes les probabilités[1].

Ce qui prouve bien d'ailleurs que la loi n'a pas regardé cette preuve comme impossible, c'est que l'art. 340 du Code civil admet la recherche de la

[1] Si la mère a eu des relations avec plusieurs individus, c'est une question douteuse dans les pays étrangers, que de savoir si la paternité peut être prouvée. De droit commun, le défendeur a dans ce cas l'*exceptio congressus cum pluribus*. Cependant la loi prussienne prononce dans ce cas la solidarité entre tous les amants de la mère, ce qui se justifie difficilement au point de vue de la physiologie.

paternité dans un cas, celui de viol ou d'enlèvement, si le temps du délit coïncide avec celui de la conception présumée : reconnaissant par-là qu'on peut voir une preuve suffisante dans le fait de fréquentation de la mère se rapportant à l'époque de la conception.

Il semble seulement que le Code se soit contenté ici d'une preuve par probabilité, parce qu'il s'agit de réparer une injustice dont la mère a été victime, motif qui n'existe pas quand elle a été consentante. Mais ce serait un faux point de vue, en ce que, dans la recherche de la paternité, ce sont les droits de l'enfant qui sont au premier plan ; ce sont ces droits qu'il s'agit de consacrer, et ceux de la mère ne sont en comparaison que très-secondaires. Or, quant à l'enfant, que lui importe que sa naissance soit le résultat d'un rapt ou d'une union volontaire ?

La difficulté de la preuve ne suffit donc point par elle seule pour justifier la disposition de nos Codes qui exclut la plainte de l'enfant naturel. Un autre motif sur lequel on a insisté se puise dans la crainte du scandale dont ces sortes de procès seraient l'occasion. Mais encore ici cette manière de raisonner paraît peu conforme à la justice : car si nous reconnaissons à l'enfant un droit contre son père naturel, droit qu'on ne peut pas lui dénier, est-ce un motif de le lui ravir, parce que l'action qu'il est forcé d'intenter est susceptible de causer du scandale ? Est-ce lui qui est cause de ce scandale ? ou n'est-ce pas plutôt son père qui a eu le tort de s'engager dans des liaisons qui pouvaient y donner lieu ? D'ailleurs, le scandale

est le même quand il poursuit sa mère, et cependant on n'a pas cru que ce fût une raison de l'en empêcher. Il y a aussi scandale inévitable quand le ministère public poursuit les crimes contre la pudeur. Tout ce qu'on a dû faire, a été de prendre des précautions pour l'atténuer. Et en effet, il y aurait peut-être moyen d'atteindre ce but, soit en diminuant la publicité de ces sortes de causes, soit en n'autorisant la plainte de l'enfant qu'après que le Tribunal aurait pu s'assurer qu'elle n'a rien de vexatoire, sans pour cela le déclarer déchu d'un droit qui lui appartient légitimement.

Une autre raison sur laquelle ont insisté bien plus encore ceux qui ont introduit ce principe dans nos lois, était la régénération des mœurs qu'ils paraissaient en attendre, les femmes, suivant eux, devant se tenir bien plus sur leurs gardes, quand elles sauraient que les fruits de leur incontinence resteraient à leur charge exclusivement. « Combien une telle loi aurait puissamment influé sur nos mœurs, il y a un demi-siècle, s'écriaient-ils! et pourquoi faut-il que nous ayons à regretter qu'elle n'ait été promulguée que de nos jours! Mais quoique tardive, elle n'en opèrera pas moins les heureux résultats qu'on doit en attendre, puisque l'effet des bonnes lois est d'amener insensiblement les bonnes mœurs[1]! »

Cependant on doit avouer que l'amendement des mœurs n'a pas répondu à ces espérances, et que

[1] Discours du tribun Lahary, séance du Tribunat du 28 vent. an XI.

le nombre des enfants naturels est bien loin d'avoir diminué, s'il est vrai qu'avant 1789 il n'y en eût qu'un contre 47 légitimes, au calcul de Necker, tandis qu'aujourd'hui, d'après nos statistiques, ils sont comme 1 est à 12 [1].

Peut-être est-il permis de conclure de ce qui précède que la loi qui abolit la recherche de la paternité n'est pas juste; qu'elle n'est pas même favorable à la morale publique; que loin de là, elle doit sans doute son existence à la faveur avec laquelle les hommes ont voulu se traiter, et à ce qu'on appelle la facilité des mœurs. Aussi, partout ailleurs que chez nous et dans deux ou trois codes qui ont copié le nôtre [2], cette recherche est admise, même dans les pays les plus démocratiques [3], parce qu'elle est basée sur la raison naturelle la plus simple, sur cette loi qui dit au père qu'il doit nourrir son enfant [4].

[1] La proportion de 1 à 12 est celle que présente la France en général; mais elle est bien plus élevée dans certaines localités. A Paris, elle est à peu près du tiers. Mais à Périgueux, il natt 250 enfants naturels contre 273 légitimes; et à Rodez, pour 190 légitimes, il en natt 359 illégitimes! (*Statistique de* 1835.)

[2] Les seuls Codes qui aient reproduit cette règle, sont ceux de Hollande, des Deux-Siciles et de la Louisiane.

[3] Par exemple, en Suisse. V. dans le Code du pays de Vaud, art. 182 et suiv., la singulière procédure des *adjudications de paternité*. En Norwége, pays également très-démocratique, le père qui ne veut pas payer l'entretien de son enfant, est condamné aux travaux publics dans le château de Munckholm, où il gagne de 17 à 18 sous par jour. M. Angelot atteste y avoir vu quinze ou vingt de ces singuliers galériens (p. 115).

[4] Aussi le droit canonique s'était-il empressé de consacrer cette action. V. *Can.* 5, x, *de eo qui duxit in matr.*

La prudence exigerait seulement que, pour empêcher les abus, elle fût soumise à quelques conditions dans son exercice; que, par exemple, elle ne pût être intentée sans l'autorisation préalable de la Justice; et que, dans tous les cas, jamais la mère ne pût la diriger, ni toucher aucune des sommes auxquelles serait condamné le père de l'enfant [1].

CHAPITRE XVIII.

De la Légitimation.

La légitimation, qui fait réputer né dans le mariage un enfant né hors mariage, paraît d'abord une institution factice peu rationnelle. Cependant, si l'on réfléchit qu'elle ne métamorphose pas la personne, et qu'elle n'en a pas la prétention, mais que tous ses effets se bornent à donner à l'enfant naturel les droits d'un enfant légitime, on s'étonnera moins que l'idée ait pu s'en présenter.

Le législateur paraît avoir raisonné ainsi : Puisque ce n'est que pour honorer et encourager le mariage que la loi traite avec rigueur les enfants qui n'en sont pas issus, il n'y a pas de raison pour que les

[1] C'est ce qu'a décidé sagement la loi anglaise de 1834 (art. 71 et 72), qui charge les inspecteurs de la paroisse d'intenter l'action et de recevoir les deniers.

effets de sa rigueur subsistent quand les parents ont satisfait au vœu de l'honnêteté en se mariant.

Cependant deux considérations d'utilité se contrebalancent : car, d'une part, si le désir de légitimer leurs enfants détermine quelques parents à s'unir, n'y en a-t-il pas beaucoup d'autres qui pourront être encouragés au mal, précisément par l'espérance de légitimer plus tard les fruits de leurs liaisons illicites?

Les idées des divers législateurs ont été fort opposées sur ce point. C'est une question que de savoir si les Grecs connurent la légitimation; les Romains l'ignorèrent certainement jusqu'au temps du Bas-Empire. Ce fut le droit canon qui, en s'empressant de l'adopter comme quelque chose de favorable au mariage, en propagea le principe dans une grande partie de l'Europe. Néanmoins des nations puissantes, telles que l'Angleterre et la Russie, l'ont toujours repoussée; et ce qu'il y a de remarquable, c'est que ceux qui l'adoptent et ceux qui la repoussent, invoquent le même argument, l'intérêt de la morale[1].

Ce serait peut-être à la statistique à trancher le débat, en nous apprenant quel est le nombre comparatif des enfants naturels sous l'empire de chacun de ces principes; s'ils sont moins nombreux là où la légitimation est défendue que là où elle est permise.

[1] *Numquid tunc lex ista casta non est*, dit Fortescue en parlant de la loi anglaise, *et non fortius firmiusque repellit peccatum, quam facit lex prædicta civilis, quæ cito et quasi inultum luxuriæ crimen remittit* (p. 93)?

Mais il serait difficile de porter un jugement dans l'état des choses, soit par défaut de documents suffisants, soit à cause de la difficulté de tenir compte des diverses causes qui concourent à la démoralisation publique. L'état du commerce, le nombre des grandes villes et des manufactures, l'influence des idées religieuses : tout cela serait à considérer. Toutefois, on se persuade difficilement qu'en supprimant aujourd'hui la possibilité de la légitimation, on parviendrait à réduire le nombre des concubinages. Il paraît donc utile, en tolérant ce que l'on ne peut empêcher, de favoriser en même temps tout ce qui est de nature à ramener quelques hommes à des habitudes plus vertueuses.

Des divers Enfants naturels.

En admettant le principe de la légitimation, devra-t-elle profiter à tous les enfants naturels? On sait qu'on en distingue trois sortes : les enfants naturels simples, nés *ex libero et libera;* les enfants *incestueux*, nés de personnes auxquelles un empêchement de parenté ne permettait pas de contracter mariage; et les enfants *adultérins,* fruits de l'union d'un époux avec un autre que son époux.

Nos lois déclarent impossible la légitimation de ces deux dernières espèces d'enfants [1].

Il semble qu'elle le soit en effet par la force des choses dans le cas d'inceste, puisque l'existence

[1] Cod. civ., art. 331.

même de la parenté est un obstacle perpétuel au mariage des père et mère. Cependant, comme il y a des cas où l'autorité peut permettre le mariage au moyen d'une dispense [1], la question s'élève relativement aux enfants nés antérieurement. Ce n'est même qu'à ceux-là que la disposition de la loi peut se rapporter, en les déclarant incapables de légitimation par mariage subséquent. En cela il ne paraît pas y avoir beaucoup de justice, puisque c'est absoudre les père et mère, qui ont commis la faute, et en laisser peser la conséquence sur la tête des enfants, à qui l'on n'a rien à reprocher.

A l'égard des enfants adultérins, la question est d'abord de savoir si l'union de leurs parents devra être permise, en cas que plus tard ils deviennent libres de s'épouser. Si l'on répond affirmativement, je crois encore, et par la même raison, que la légitimation devrait s'ensuivre : doctrine qui depuis le XIIIe siècle passa des écrits de Bratien dans la jurisprudence canonique [2]. Mais, comme nous l'avons dit plus haut, il vaudrait mieux sans doute que l'adultère prouvé fût un empêchement au mariage futur des deux complices, ce qui ne permettrait pas même à la difficulté de se présenter.

En quelques pays, il y a une légitimation spéciale qu'on appelle *par rescrit du prince* [3]. C'est alors le

[1] Entre oncle et nièce, ou entre beau-frère et belle-sœur.

[2] Koenigswarter (dans la *Revue Fœlix*, t. IX, p. 198).

[3] Par exemple, en Espagne. V. Sala, *Ilustracion del Derecho*, t. I, ch. VI, § 3.

souverain qui s'arroge le pouvoir de déclarer légitimes les bâtards qu'il veut honorer de cette faveur. Je ne mentionne ici que pour mémoire cette manière de blanchir les généalogies, qui a plus de rapport avec la chimie qu'avec le droit.

CHAPITRE XIX.

De l'Adoption.

S'il est une institution artificielle désavouée par le droit de la nature, cette institution est sans doute l'adoption, qui crée une paternité fictive à l'exemple de la paternité naturelle. Elle n'avait de signification que dans les anciennes cités, où la famille était une division politique de l'état. Alors on conçoit que, quand les *gentes* romaines avaient leurs dieux, leurs sacrifices et leurs propriétés, dont la conservation paraissait essentielle au *statu quo* religieux, il importait peu au législateur quel bois l'on greffait sur le tronc décrépit, pourvu que l'arbre, resté debout avec le nom de la famille, conservât la symétrie des curies et l'organisation factice de la société.

Mais chez les modernes, qui font reposer la politique sur d'autres bases, l'adoption ne paraît répondre à aucun besoin réel du cœur humain. Répond-elle au besoin d'avoir une postérité et de l'aimer? Mais on n'aime pas des enfants par fiction. Répond-elle au désir de faire passer ses biens à une personne

affectionnée? Mais c'est ce que l'on obtient par les testaments, sans prendre un détour contraire à la raison.

A vrai dire, le but principal de l'adoption, ce qui pourrait le mieux la justifier, est la facilité qu'elle offre à celui qui n'a pas d'enfants de perpétuer le nom respecté de ses pères, prêt à s'éteindre. Reste à savoir jusqu'à quel point la loi doit seconder ce désir que le cœur ressent plus que la raison ne le justifie. La loi ne se mesure pas sur des considérations sentimentales, et dans tous les cas il faudrait peser si l'adoption n'a pas plus d'inconvénients que d'avantages.

Dans notre ancienne législation, l'adoption n'était pas connue; il n'en était pas question non plus dans le projet du Code civil. Ce fut le Tribunal de cassation qui, dans ses observations, réclama en sa faveur, en signalant ainsi les avantages que l'on espérait en retirer : « Tout ce qui tend à établir de nouveaux liens entre les hommes, disait le Tribunal, tout ce qui tend à multiplier les relations qui les rapprochent et les affections qui les unissent, est une source de bons sentiments et de bonnes actions. Telle est l'adoption, formant une parenté légale, un principe de bienfaisance, tout propre à inspirer aux êtres les plus délaissés de la société l'espérance d'acquérir un état qui leur manque, et, par cette espérance, le désir de s'en rendre dignes. »

N'est-ce point malheureusement se bercer d'une chimère, que de croire que l'espérance d'être adoptés

pourra influer sur la moralité des enfants perdus en général !

La proposition de la Cour de cassation trouva peu de contradicteurs, peut-être parce qu'il s'agissait d'une nouveauté. Mais depuis, l'expérience, dont la lumière est plus sûre que celle des prévisions humaines, a révélé dans l'adoption un danger que chacun a pu apprécier par ses yeux.

L'adoption ne sert aujourd'hui, dans l'immense majorité des cas, qu'à légitimer, contre le vœu de la loi, des enfants naturels, et le plus souvent des enfants adultérins. En combinant la faculté d'adopter avec cette autre règle de notre jurisprudence, que la recherche de la paternité est interdite, soit en faveur de l'enfant, soit contre lui, les parents s'abstiennent de reconnaître leurs fils illégitimes, en se réservant de les adopter plus tard; et de cette manière toute leur fortune est acquise par la loi à ceux que la loi en déclare indignes.

Tel est aujourd'hui en France le but principal de l'adoption, qu'il serait peut-être désirable de voir éliminer du livre de la loi, à l'exemple de ce qui a lieu chez la plupart des autres peuples [1].

[1] Les Anglais ne connaissent pas l'adoption, dont le nom manque dans le *Dictionnaire de Droit* de Tomlins. — En Allemagne, elle n'existe que dans les nouveaux Codes, qui ont copié le Code civil. Mittermayer, *Grundsætze*, § 366. — Elle est très-rare, mais pas entièrement inconnue en Italie, où l'on applique les principes du droit romain. Forti, *Istituzioni civili*, t. II, p. 413. — Le Code de la Louisiane, art. 232, l'a formellement abolie; et elle n'existe pas non plus en Suède, ni en Hollande, ni dans le pays de Vaud.

CHAPITRE XX.

Des Tutelles.

Une tutelle ne doit être qu'un pouvoir de protection sur une personne qui, par son âge ou par quelque autre empêchement moral ou physique, ne peut se régir elle-même.

Dans le droit romain, elle fut envisagée sous ce point de vue, qui est celui de la raison. Mais au moyen âge, les institutions féodales, qui dénaturèrent tant d'idées, firent admettre que la tutelle, sous le nom de *bail*, appartenait au seigneur, afin qu'il pût assurer pendant la minorité le service du fief, soit en l'administrant par lui-même, soit en la laissant relever entre ses mains par le plus proche héritier. Comme il ne convenait pas que le seigneur fût comptable envers son vassal, il s'introduisit une règle d'après laquelle le bailliste prenait tous les meubles et tous les revenus, à charge de payer toutes les dettes [1] : c'était à lui de voir s'il voulait du marché. La tutelle devint de cette manière un moyen de spéculation, et souvent fut elle-même un objet de commerce [2].

[1] On en avait fait la maxime : *Qui bail prend, quitte le rend.* Loisel, liv. I, tit. IV, 11.

[2] Dans la collection des chartes de Hollande, on en trouve une

On distinguait toutefois du bail ou garde-noble la tutelle de la personne, qui intéressait moins le seigneur. Celle-ci n'était pas concédée au plus proche héritier, mais au parent qui venait après lui. Le père et la mère seuls réunissaient la tutelle au bail [1].

Toutes ces règles ne concernaient pas les biens des roturiers. Mais quand les communes, obtenant leur affranchissement, se substituèrent aux seigneurs dans leur ressort, le conseil de ville s'attribua en plusieurs lieux le pouvoir de donner aussi des tuteurs aux bourgeois [2]. De là le point de vue dominant en quelques pays, de considérer les tutelles comme appartenant à l'état, pendant qu'ailleurs l'on s'en tenait plutôt au droit romain, qui n'y voyait qu'un droit de famille.

De cette opposition vient le contraste qui se remarque encore aujourd'hui dans les diverses législations de l'Europe : les unes organisant des tribunaux pupillaires chargés de nommer des tuteurs, de les révoquer et de surveiller leur gestion; les autres s'en rapportant davantage au choix des père et mère,

du 15 décembre 1852, par laquelle Guillaume de Hainaut cède la tutelle des mineurs de Menden à leur plus proche parent, moyennant une rétribution annuelle de 130 livres. Van Miéris, t. II, p. 407.

[1] Les autres n'avaient pas la garde de la personne : « car soupçons est que ils voulsissent plus la mort des enfants que la vie, pour la terre qui leur exharrest. » *Etabliss. de saint Louis*, liv. I, ch. 118.

[2] Par exemple, en Hollande (Mayer, *Inst. judiciaires*, t. III, p. 354 et suiv.), en Italie (Forti, t. II).

à l'affection présumée des proches, et à la surveillance des parents les uns sur les autres.

Notre Code civil a pris un système mixte, plus voisin cependant du dernier, en consacrant à peu près l'organisation du droit romain, modifiée par l'institution d'un conseil de famille, qui surveille le tuteur, le nomme ou le destitue en certains cas, et délibère sur toutes les affaires excédant la limite de la simple administration, sous la présidence d'un magistrat, qui est le juge de paix, mais sauf appel de sa décision au Tribunal de première instance.

§ I.

Des Personnes qui sont en Tutelle.

Parmi les personnes qui ont besoin d'un tuteur, on compte principalement :

1° *Les Mineurs*, qui, à cause de l'inexpérience de leur âge, ne peuvent ni administrer leurs biens ni diriger leur conduite avec prudence.

A Rome, on divisait l'âge de minorité en deux périodes : la pupillarité, qui finissait à douze ans pour les femmes et à quatorze ans pour les hommes; et la minorité proprement dite, qui s'étendait jusqu'à vingt-cinq ans pour les deux sexes. Dans la première période, l'impubère était pourvu d'un tuteur; dans la seconde, il avait un curateur.

Cette distinction ne reposait que sur l'imprévoyance du droit ancien, qui avait affranchi de toute surveillance les individus ayant atteint l'âge de

douze ans ou de quatorze ans. Lorsqu'on sentit le danger de cette liberté prématurée, le Préteur, qui ne détruisait jamais ouvertement le droit civil, n'osa prolonger la tutelle, mais en y substituant la curatelle, il la maintint sous un autre nom.

Malgré l'autorité du droit romain, cette distinction tendit à s'effacer dans le moyen âge[1], et les noms de pupille et de mineur étaient devenus synonymes, comme ils le sont encore aujourd'hui dans nos lois.

La plupart des Codes modernes ont adopté, comme terme de la minorité, l'âge de vingt-un ans, qui paraît en effet assez convenable. Cependant un système qui pourrait avoir des avantages, serait de ne pas déclarer l'homme majeur, pour ainsi dire, d'un seul coup, mais de graduer suivant l'âge sa capacité pour les divers actes de la vie civile, en le réputant d'abord capable de quelques actes d'administration, tels que de passer des baux ou de faire un bornage; puis, un peu plus tard, de recevoir des remboursements de capitaux, de partager, d'emprunter; puis enfin d'hypothéquer et de vendre ses immeubles, actes qui, vu leur gravité, pourraient même ne lui être permis qu'après vingt-cinq ans. Ce système,

[1] A Florence, le Statut avait supprimé cette différence, en fixant la majorité à 18 ans. Forti, *Istituzioni civili*, t. II, p. 489. — Chez nous, la Coutume d'Auxerre disait : Entre tutelle et curatelle n'y a différence par la Coutume (art. 259). — Ailleurs, l'imitation du droit romain l'avait emporté.

dont quelques lois étrangères contiennent le germe [1], aurait l'avantage de former peu à peu le mineur à la pratique des affaires, avant de lui accorder une liberté complète.

2° *Les Insensés.* — Les personnes atteintes d'imbécillité ou d'aliénation mentale ont encore plus besoin de protection que les mineurs. Dans le droit romain, dont la terminologie a été adoptée en divers lieux, ce n'est point un tuteur, mais un curateur que l'on donne en ce cas. Nous avons retenu le nom de tuteur. Il est évident au surplus que, dans le droit de la raison, toutes ces fonctions analogues devraient porter le même nom, quoiqu'il puisse y avoir lieu à quelques différences pratiques entre les diverses tutelles.

3° *Les Prodigues.* — Les prodigues ne sont pas privés de leur raison, mais ils en font un mauvais usage, et la loi a dû les interdire, aussi bien dans leur propre intérêt que dans celui de leurs enfants. Le nom du protecteur légal qui leur est donné varie arbitrairement : on l'appelle, en France, conseil judiciaire. La loi anglaise a fait une mauvaise application de cette maxime, que chacun est libre de se faire du mal, en ne prenant aucune précaution pour empêcher les prodigues de se ruiner [2]. On sent au reste qu'il n'y a pas lieu de les tenir dans une incapacité aussi absolue que les insensés, mais seulement de leur interdire les actes par lesquels ils pourraient dilapider leur patrimoine.

[1] V. notamment le Code russe (art. 160); — et pour l'Allemagne, Mittermaier, t. I, p. 164.

4° En France, *les femmes* ne sont pas en tutelle. Au contraire, l'esprit du droit germanique fut de les y placer toute leur vie, soit pour conserver les biens dans les familles, soit parce que les femmes, incapables de paraître au *mallum* des hommes libres et de se soumettre aux formalités judiciaires du temps, telles que le duel, avaient besoin presque en toute occasion d'un représentant[1]. Cet ancien droit s'est conservé dans plusieurs villes de la Suisse, à Bade, en Würtemberg, en Suède, en Norwége, en Danemarck, et en beaucoup d'autres pays encore.

L'inexpérience des femmes pourrait tout au plus justifier l'institution d'un conseil appelé à les éclairer sur leurs intérêts; mais dans les lieux où cette institution existe, les femmes peuvent changer ce conseil à volonté, et ne sont pas astreintes à suivre ses avis, ce qui rend son utilité problématique.

§ II.

Des diverses espèces de Tutelles.

D'après la nature des choses, il n'y a que deux espèces de tutelles: la tutelle *légitime*, qui appartient de plein droit à un individu par sa qualité; et la tu-

[1] On trouve les femmes placées sous le *mundium* de leur mari ou de leur plus proche parent dans presque toutes les lois barbares. V. loi des Saxons, tit. 7, § 5; — loi des Lombards, I, tit. 9, § 12; tit. 17, § 20; — loi des Angles, X, § 2; — loi des Frisons, IX, § 11, etc.

telle *dative*, qui a besoin d'être déférée. Mais on a coutume d'en distinguer une de plus, la tutelle *testamentaire*, qui rentre, à bien dire, dans les tutelles datives.

1° *Tutelle légitime.* — La tutelle n'est point un droit dans l'intérêt du tuteur, mais dans celui du pupille. Le meilleur système de délation de la tutelle sera donc celui qui lui donnera le meilleur tuteur. Cela montre que le nombre des tutelles légitimes doit être restreint, parce qu'il tend à substituer le hasard à un choix éclairé. On ne voit guère que les ascendants à qui cette qualité doive être conférée par la loi, à cause de leur affection présumée pour le mineur.

Dans notre Code civil, on dit que la tutelle légitime est ouverte quand le mineur a perdu l'un de ses père et mère : le survivant devient son tuteur. Logiquement, il ne faudrait point parler ici de tutelle, mais de puissance paternelle : car cette puissance ne peut pas changer du blanc au noir par le prédécès de l'un des parents. Ce que l'on peut dire pour justifier la distinction du Code, c'est que lorsque l'un des père et mère n'existe plus, l'autre a perdu un surveillant naturel de son administration ; et sous ce rapport, il importe peut-être d'en diminuer les pouvoirs entre ses mains.

La véritable tutelle légitime est plutôt celle des aïeux et aïeules sur leurs petits-enfants demeurés orphelins.

Le droit romain considérait autrefois les femmes comme incapables d'exercer la tutelle, exclusion né-

cessaire dans une législation où elles étaient elles-mêmes en tutelle toute leur vie. Cette exclusion est assez naturelle en général, à cause du peu d'aptitude des femmes aux affaires dans notre état de civilisation. Cependant on a cru devoir y faire exception pour les ascendantes.

2° *Tutelle testamentaire.* — La loi civile a conféré au dernier mourant des père et mère le droit de désigner un tuteur à ses enfants, parce qu'elle a jugé que personne plus que lui n'était à même de faire un bon choix. *Nullus est affectus qui vincat paternum.*

Cette tutelle passe même avant toutes les autres, et par conséquent le choix fait par le père ou la mère exclut la tutelle des ascendants et de tous les autres parents.

3° *Tutelle dative.* — Quand il n'y a ni tuteur testamentaire, ni tuteur légitime, la loi a dû charger quelqu'un de désigner un tuteur. Généralement, elle confie ce soin à un magistrat; chez nous, elle s'en est remise à un conseil de famille, composé de parents et d'amis, et présidé par le juge de paix.

§ III.

De l'Administration du Tuteur.

Le tuteur est le mandataire légal universel du mineur.

Pour déterminer ses pouvoirs, il faut partir de ces deux idées : d'une part, ils doivent être limités dans

l'intérêt même du pupille, dont le tuteur pourrait dilapider la fortune; d'autre part, quand celui-ci aura agi dans les limites de son mandat, l'acte fait au nom du pupille doit être aussi inattaquable que s'il émanait d'un majeur : autrement, les tiers, craignant de contracter avec son tuteur, le pupille serait le premier à en éprouver du préjudice.

Dans cette pensée, il est urgent de déterminer avec précision dans quelle forme il devra agir, en lui permettant de faire seul les actes d'administration, mais en exigeant qu'il se munisse de l'autorisation, ou du conseil de famille, ou du Tribunal, pour tous ceux qui emportent aliénation ou diminution possible du capital du patrimoine.

Il devra rendre compte de son administration, soit à des époques fixes, soit à la fin de la tutelle, quand il remettra au pupille devenu majeur la gestion de ses affaires. C'est également au droit positif à régler les sûretés dont celui-ci devra jouir, soit au moyen de cautions, soit par des hypothèques sur les biens de son tuteur.

Dans l'état actuel des choses, on considère la tutelle comme une charge nécessaire dont personne ne peut s'affranchir à moins qu'il ne soit dans un des cas d'excuse prévus par la loi. Cette obligation d'accepter la délation d'une tutelle, déjà difficile à justifier quand il s'agit de parents, devient tout-à-fait injuste quand il s'agit d'étrangers. A cela vient se joindre que ces fonctions très-onéreuses ne sont pas rétribuées, au moins dans la plupart des législations.

Sous ce rapport, on a sans doute exagéré la faveur due aux mineurs : car s'il est injuste de commander à un étranger de les nourrir ou de les instruire *gratis*, il n'est pas plus juste de lui commander un sacrifice de temps et de démarches qui a aussi sa valeur pécuniaire [1].

[1] En Castille, le tuteur a le dixième des revenus du pupille à titre d'indemnité ; mais en Aragon cette règle n'existe pas. V. Asso y Manuel, t. I, p. 25. — Le principe d'une rétribution est aussi admis par le Code autrichien (art. 266, 267), par le Code prussien (art. 231), et par le Code bavarois (liv. I, art. 15). En droit, on ne demande jamais rien pour rien.

LIVRE DEUXIÈME.

DE LA PROPRIÉTÉ.

Digitized by Google

SOMMAIRE DU LIVRE DEUXIÈME.

Fondements philosophiques de la propriété; systèmes divers : doctrine de l'occupation, de la convention primitive, du travail, etc. — Objections contre la propriété : examen de ces objections.— Des systèmes socialistes : saint-simonisme, fouriérisme, owénisme, communisme. — Réfutation de ces systèmes. — Des droits compris dans la propriété. — De la limitation de la propriété par la loi. — De la limitation de la propriété par les droits réels. — Des modes d'acquérir : occupation, accession, invention, tradition, contrats, successions, prescription. — Des actions destinées à protéger la propriété. — De la possession et de ses effets juridiques. — De la propriété littéraire et industrielle.

CHAPITRE PREMIER.

Fondements de la Propriété. — Opinions des divers Philosophes.

« Le premier qui, ayant enclos un terrain, s'avisa de dire : Ceci est à moi, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile. » Cette parole de Rousseau pose le plus grand problème de la jurisprudence. La propriété est-elle de droit naturel, ou de droit positif? La propriété est-elle un fait légitime, ou n'est-elle qu'un vol? C'est toujours à cette question qu'il faut en revenir : car la propriété est la base même du droit, et, on peut le dire, de la morale, puisque la distinction du mien et du tien est le premier principe de la probité.

On me pardonnera de consacrer quelques pages à défendre une institution si nécessaire, et cependant si ardemment attaquée de nos jours. Je commencerai par exposer les systèmes des divers philosophes sur ce point important.

§ I.

Doctrine du Droit d'Occupation.

Les anciens jurisconsultes, lorsqu'ils voulaient justifier la propriété dans son principe, avaient coutume de remonter par la pensée jusqu'aux époques antéhistoriques, et de peindre les hommes clairsemés sur la terre habitable, s'emparant des choses qui n'avaient point de maître, et se les appropriant par l'occupation. Cette doctrine était celle des jurisconsultes romains; chez les modernes, Grotius et Burlamaqui s'en sont contentés [1].

On peut reprocher à cette explication de confondre l'origine de la propriété avec son fondement ju-

[1] *Quod enim nullius est, id* naturali ratione occupanti conceditur. L. 3, *de adq. Rer. Dom.*, ff.

C'est aussi l'avis des jurisconsultes anglais « *Occupancy... is the true ground and foundation of all property.* » Blackstone, Book II, ch. 15.

Du reste, Grotius et Pufendorff sont en désaccord pour savoir si, dans l'origine, la communauté des biens était positive ou négative, c'est-à-dire si les biens étaient à tout le monde, ou s'ils n'étaient à personne. Grotius tient pour la première opinion (lib. II, c. 2, § 2), Pufendorff défend la seconde (lib. IV, c. 4, § 5).

ridique. Que la propriété ait commencé par l'occupation ou de toute autre manière, c'est une question sur laquelle chacun devrait avouer sa profonde ignorance. Mais en admettant même qu'elle ait commencé par l'occupation, il faudrait d'abord établir que l'occupation est un acte légitime. Or, c'est ce qui n'est pas évident de soi : car si je me suis emparé hier d'un terrain à ma convenance, pourquoi celui qui arrive aujourd'hui, et qui le trouve également à sa convenance, ne pourrait-il pas demander à le partager? Je le possède parce que telle est ma volonté; mais ma volonté ne peut jamais être une loi pour autrui. D'ailleurs, jusqu'à quelle limite pourrai-je prétendre m'établir en maître? Ai-je droit de m'emparer d'un arpent, de cent arpents, ou d'une province?

L'occupation n'est qu'un fait matériel, elle n'explique rien de tout cela.

§ II.

Doctrine de la Convention primitive.

Pufendorff ne tarda pas à imaginer un amendement au système des Romains et de Grotius, dont il sentait l'insuffisance. Supposez, disait-il, qu'un homme aborde dans une île de cent lieues de tour : pourra-t-il se l'adjuger par droit de premier occupant? et peut-on dire que celui qui viendrait à y aborder ensuite serait obligé de respecter sa propriété? Non sans

doute; et c'est ce qui prouve que l'occupation toute seule ne peut pas être la source d'un droit. — Voici dès-lors ce qu'il proposait pour confirmer l'occupation [1].

Suivant Pufendorff, les hommes auraient formé primitivement une convention, par laquelle ils se seraient engagés à respecter le droit que chacun d'eux pourrait acquérir sur les choses en les occupant, et cela dans l'intérêt de la paix générale, afin que chacun pût être certain de jouir des fruits de son travail. Ce ne serait plus alors l'occupation pure et simple; mais ce serait cette convention tacite qui consacrerait le droit de propriété [2].

Mais cette doctrine n'est pas plus satisfaisante que la première. Et en effet, je retournerai contre Pufendorff son propre argument. Voici un homme qui aborde dans une île déserte, qui s'y construit une chaumière, et qui défriche un petit champ. Quelque temps après, un naufragé, venant de l'autre bout du monde, y aborde également. Ce nouveau venu pourra donc s'emparer de la propriété du premier : car il est clair qu'ils n'ont fait ensemble aucune convention!

[1] Pufendorff, lib. IV, c. IV, § 5 et 6.

[2] M. Lherbette (*Introduction philosophique à la Science du Droit*, p. 28) est aussi de cette opinion, qu'il fonde sur le défaut de droit des personnes les unes sur les autres.

« Je dis qu'aucun, par aucune manière, dans aucune circonstance, n'a pu acquérir sur aucune chose de titre exclusif sans le consentement des autres, et que dès-lors la propriété exclusive, c'est-à-dire simplement la propriété, ne peut exister sans convention. »

De tous les systèmes, les plus vains à mon gré sont ceux qui reposent sur ces fictions de conventions tacites, qu'il était de mode autrefois de jeter en avant pour résoudre toutes les difficultés. Ils étaient bien savants, les philosophes qui connaissaient exactement les contrats formés, il y a cinq ou six mille ans, entre les premiers habitants de notre planète! Mais ils auraient été bien plus adroits encore de persuader au prolétaire de nos jours qu'il était obligé par une prétendue convention tacite remontant à l'époque du déluge! Certes, si les propriétaires fonciers n'avaient pas d'autre garantie de la légitimité de leurs droits, ils n'auraient pas long-temps à dormir tranquilles sur la possession de leur héritage.

Une autre théorie, variété de la précédente, est celle du contrat social, qui en diffère cependant en ce qu'elle ne suppose plus une convention primitive, antérieure au fait même de l'acquisition de la propriété: elle suppose au contraire que les hommes, déjà possesseurs, mais possesseurs troublés sans cesse, se seraient précisément associés dans le but de se garantir la jouissance paisible de leurs biens. Telle aurait été, suivant Rousseau, la cause principale des sociétés civiles. Mais cette théorie est sujette aux mêmes objections que la première. En fait de conventions, il ne faut croire qu'à celles que l'on a vues. D'ailleurs, si la propriété n'avait point un principe antérieur, elle ne serait pas de droit naturel, puisqu'elle ne reposerait que sur un fait contingent, tel qu'une convention, qui peut être ou ne pas être: en

sorte que s'il eût convenu aux hommes de ne point former cette convention, il n'y aurait aucune propriété légitime; en sorte encore qu'entre deux hommes qui n'appartiennent pas au même pacte social, il n'y a aucun principe d'honnêteté qui puisse leur interdire de s'entre-dépouiller. Ces résultats font sentir le besoin de trouver quelque autre explication fondée sur une base plus solide.

§ III.

De la Doctrine qui fait dériver la Propriété de la Loi.

Beaucoup de philosophes, sans remonter à des hypothèses plus ou moins contestables, ont tout bonnement fait dériver la propriété de la loi.

Les praticiens, l'école historique, l'école utilitaire, le droit canon lui-même, ont proclamé cette opinion, dangereuse sous plusieurs rapports.

« Ce sont les lois des Empereurs qui nous autorisent à dire : Cette maison, cette ferme est à moi, disaient les canons des Papes. Mais retranchez les lois des Empereurs, et qui osera encore dire : Cette maison, cet esclave, cette ferme est à moi[1] ? »

[1] *Nam jure naturali omnia sunt communia omnibus... Jure humano dicitur : Hæc villa mea est, hæc domus mea, hic servus meus est. Jura autem humana, jura Imperatorum sunt... Tolle jura Imperatorum, et quis audet dicere : Mea est illa villa, aut meus ille servus, aut domus hæc mea est !* (Can. quo jure, dist. 8.)

L'école historique, ayant peu de confiance dans le droit naturel, était portée à placer dans la loi la source d'un droit, fondement lui-même de tous les autres. Hugo signalait la propriété comme la cause des maux qui affligeaient la société; et, suivant lui, elle n'avait guère d'autres motifs d'être que l'habitude[1].

Bentham ne croyait pas non plus à la propriété naturelle : « La propriété et la loi sont nées ensemble, dit-il quelque part, et elles mourront ensemble. Avant les lois, point de propriété; ôtez les lois, toute propriété cesse[2]. »

Enfin les praticiens, plus excusables peut-être que les autres de croire qu'il n'existe pas de droits en dehors de la loi qu'ils expliquent, ont recueilli ces doctrines toutes faites, notamment Toullier, dont je citerai le nom à cause de la célébrité de son commentaire[3].

Cependant, tous les auteurs ne se méprennent-ils pas en représentant le droit civil comme le créateur de la propriété? Je crois que, pour être exact, il faut dire que le droit civil nous fournit plus de moyens de faire respecter notre propriété; mais cette propriété en elle-même est aussi bien établie et aussi juste en dehors des lois que par les lois.

[1] Hugo, *Droit de la Nature*, § 256. — M. Laboulaie a dit au commencement de son *Histoire du Droit de Propriété* : « Les lois ne protègent pas seulement la propriété, elles la font naître. »

[2] *Traité de Législation*, t. I, p. 196.

[3] V. Toullier, *Cours de Droit civil*, t. III, n° 71.

Je ne sais si l'on croit ajouter par-là au respect que doit inspirer la loi, en exagérant la sauvegarde qu'elle prête à la société. C'est bien plutôt un moyen de le compromettre, ce respect, que de présenter la loi comme l'œuvre pure des législateurs, et d'enseigner qu'avant elle il n'y avait aucun principe obligatoire pour les hommes. La propriété est la première assise de l'édifice du droit. N'a-t-on pas peur que cet édifice ne chancelle, s'il n'a pas de base plus solide que la volonté des premiers législateurs?

Si ces premiers législateurs l'avaient voulu autrement, ils l'auraient donc pu. Dire qu'une loi positive existe, c'est affirmer un fait, mais ce n'est pas prouver que cette loi soit nécessaire, qu'elle ne puisse pas être abrogée. Si ces idées erronées pénétraient dans les masses, elles ne tarderaient pas à prétendre que ce qui a été organisé de la sorte peut être organisé différemment: car le pauvre ne concevra jamais qu'il soit de son intérêt que le riche possède. Placez d'ailleurs deux hommes au milieu d'un désert; comme il n'y a pas de loi commune qui les régisse, ils peuvent se dévaliser en toute conscience. Sur ce pied-là, les Arabes qui pillent les caravanes exercent le plus honnête des métiers.

De telles conséquences ne peuvent être acceptées. La loi a rendu un grand service aux hommes en déterminant les limites de la propriété, en tarissant la source des contestations, et en établissant des tribunaux pour punir les attentats. Mais la loi n'a fait que consacrer un principe antérieur que l'honnêteté commandait de reconnaître.

§ IV.

De la Doctrine qui fonde la Propriété sur le Travail.

Une théorie plus juste a prétendu fonder la propriété sur le travail. L'homme, en défrichant et en cultivant la terre, en équarrissant un tronc d'arbre, en se préparant un abri, fait sortir tel ou tel objet de la communauté primitive, offerte aux efforts de tous; il y empreint le cachet de sa personnalité; il le transforme pour ainsi dire, et en devient le second créateur. De là l'obligation qui pèse sur tous, même indépendamment du droit civil, de respecter la chose qu'il s'est identifiée par son industrie[1].

[1] Telle paraît avoir été la doctrine des rédacteurs du Code civil. Portalis, dans l'exposé des motifs du titre de la propriété, disait au Corps législatif: «Quelques philosophes paraissent étonnés que l'homme puisse devenir propriétaire d'une portion de sol qui n'est point son ouvrage, qui doit durer plus que lui, et qui n'est soumise qu'à des lois que l'homme n'a point faites. Mais cet étonnement ne cesse-t-il pas si l'on considère tous les prodiges de la main-d'œuvre, c'est-à-dire tout ce que l'industrie de l'homme peut ajouter à l'ouvrage de la nature?... Oui, législateurs, c'est par notre industrie que nous avons conquis le sol que nous occupons; c'est par elle que nous avons rendu la terre plus habitable, plus propre à devenir notre demeure. La tâche de l'homme était, pour ainsi dire, d'achever le grand ouvrage de la création.» (Séance du 28 ventôse an XII.) — On peut compter parmi ceux qui ont établi ce système plus philosophiquement, MM. Cousin, Comte, Rey, Ancillon, Smith, Thompson, et la plupart des Economistes.

Mais, quoique plus rationnelle que les autres, cette explication ne satisfait point encore entièrement l'esprit. Et d'abord, elle a beaucoup plus d'application aux siècles primitifs qu'aux époques de civilisation, où le fonds commun des biens vacants est dès long-temps épuisé. Si le principe de l'appropriation par le travail était l'unique principe, il s'ensuivrait que celui qui aurait mis le plus de son travail dans une chose en serait toujours propriétaire. L'ouvrier qui ferait une commode avec le bois d'autrui, en serait propriétaire légitime; le fermier aurait bien plus de droit que son bailleur au domaine qu'il fait valoir.

Les philosophes de quelque valeur qui sont partis de ce système, n'ont point admis des conséquences aussi subversives. Ils n'ont entendu consacrer le droit d'appropriation par le travail que pour les choses sans maître. Mais il ne manque jamais de raisonneurs pour pousser à leurs derniers effets les faux principes. Ces raisonneurs arriveraient bientôt à croire que, dans tous les cas, la chose est à celui qui l'a le plus métamorphosée par la main-d'œuvre, sans égard aux titres antérieurs.

Que si l'on reste dans les limites du bon sens, la doctrine du travail présente à peu près les mêmes difficultés que celle de l'occupation. S'il n'est pas clair que je puisse occuper les choses sans maître, ni jusqu'à quelle limite je peux le faire, il n'est pas clair non plus que j'aie le droit de me les approprier par un acte d'industrie. Cet acte même, je ne puis me

le permettre qu'en vertu d'un droit antérieur qui m'autorise à user et à abuser de la chose, et ce droit ressemble fort au droit de propriété.

Et puis, quel degré de spécification faudra-t-il pour que je puisse dire que l'objet soit mien? Si j'ai mis du fumier au pied d'un arbre, cet arbre m'appartiendra-t-il? Si j'ai creusé le bassin d'une source, puis-je empêcher les autres d'y boire? Que répondrai-je si quelqu'un vient affirmer qu'il a planté l'arbre il y a trente ans, et qu'un troisième le revendique comme ayant pris la peine de le tailler? Pourrai-je, en faisant le tour d'une vallée avec une charrue, et en y traçant une clôture, me l'approprier au détriment des autres hommes? Non, dira-t-on: ce n'est point là une appropriation, une métamorphose par le travail. Mais s'il s'agit d'un pâturage, et qu'il n'y ait point d'autre manière de le mettre en culture!

Le principe du travail ne suffit point par lui seul à nous faire sortir du vague qui plane encore sur le droit de propriété [1].

[1] Du reste, je reconnais que le travail de l'homme est un titre qui ajoute beaucoup à la légitimité de la propriété. Aux Etats-Unis, l'acre de terre inculte se vend depuis un sou jusqu'à un dollar. Qu'est-ce qui lui donne plus tard la valeur considérable qu'il peut atteindre? Le travail de l'homme. L'île de la Martinique se vendit, en 1650, pour une somme de trente à quarante mille francs; en 1775, elle exportait pour dix-neuf millions de produits. C'était encore le travail qui avait créé cette immense augmentation de valeur. (V. Comte, *Traité de la Propriété*, ch. XI.)

§ V.

Véritables Fondements de la Propriété.

L'homme, en vertu de son droit originel de liberté et de conservation, peut faire tous les actes nécessaires à son bien-être et à sa subsistance, pourvu qu'il ne nuise point à autrui. Il a donc, de toute évidence, le droit de s'approprier les choses sans maître propres à le nourrir et à le vêtir : telles que les fruits de la terre, les poissons, les coquillages, la peau des animaux. Aussi, à moins de renouveler des controverses fameuses au moyen âge, ce n'est pas la propriété mobilière que l'on s'attache à contester [1].

Ce que l'on nie, c'est la propriété du sol ; et cependant, sans l'idée de cette propriété, l'homme ne peut pas vivre non plus comme sa nature raisonnable le comporte.

Pourrait-il assurer sa conservation sans construire un abri pour se défendre des pluies et de la froidure? Echapperait-il à la famine, s'il n'emmagasinait pas les provisions qui doivent le nourrir? Cette même loi de la nécessité lui donne le droit de marquer la limite d'un champ et de le défricher : car

[1] *Sono parimente note le clamorose contese che nello stesso ordine (de Francescani) insorsero sull'idea della proprietà, pretendendo alcuni e negando seriamente altri che anche il pane che un monaco aveva in bocca, non era sua proprietà, ma dell'ordine monastico.* Gioja, del Merito e delle Ricompense, t. I, p. 128.

sans cela il s'exposerait à ne pas trouver de nourriture quand il en aurait besoin. C'est cette prévoyance qui le distingue des animaux. Ayant plus de besoins qu'eux et moins de moyens de les satisfaire, il est indispensable à sa conservation qu'il s'assure un asile, qu'il s'attache au sol, en un mot qu'il devienne propriétaire.

Est-il moins mal d'attenter à la propriété qu'il s'est ainsi acquise, que de lui arracher le fruit qu'il a cueilli ou l'animal dont il s'est emparé?

Le droit de vivre implique le droit de s'en procurer les moyens. Pour moi, quand j'entends les jurisconsultes dire que la propriété est l'œuvre des lois civiles, j'aimerais autant leur entendre dire que l'homme n'avait pas le droit de vivre avant que les législateurs le lui eussent reconnu.

Il n'est pas plus vrai de répéter, comme on le fait souvent, que dans le droit naturel le fait de la détention ne soit pas distinct de la propriété.

Qu'importe que je me sois établi sur le fonds même, ou que mon habitation en soit plus ou moins éloignée? Qu'importe que je m'absente plus ou moins long-temps? Dès que, de retour sur mon héritage, je prouve à celui qui s'en est emparé que je le possédais avant lui, sa conscience lui commande de me restituer ma chose, parce qu'elle lui apprend qu'il n'avait pas le droit de s'établir là où un autre s'était déjà établi.

Veut-on dire que, dans l'état de nature, le droit de propriété sera plus souvent violé? Veut-on dire que

Digitized by Google

le nouveau possesseur refusera de s'incliner devant les titres de l'ancien? Cela est incontestable, parce que les moyens de répression seront moins efficaces. Mais ce n'est pas dire qu'il fera bien de résister, et qu'en résistant il ne violera aucun droit.

Le point le plus difficile en cette matière n'est pas de justifier la propriété, mais de fixer la limite jusqu'à laquelle le droit d'appropriation s'exercera.

Suffira-t-il de planter un poteau sur le rivage pour s'approprier, comme on l'a dit, une île de cent lieues de tour? L'extrême prévoyance ou la cupidité va s'emparer de toute une contrée; elle ne laissera rien à l'homme du lendemain. Où donc placer la limite du droit d'appropriation, si cette limite existe? Là est le point vraiment épineux de la question.

Quelques philosophes ont adopté la maxime d'Epictète, que « Les besoins du corps sont la mesure des richesses, comme le pied est la mesure du soulier[1]. » Ils en ont conclu que l'homme, de droit naturel, ne pouvait prétendre qu'à une propriété suffisante pour ses besoins et pour ceux de sa famille; mais que pour le surplus, quand la loi garantit à chacun ce qui lui appartient, sans aucune limite, c'était l'œuvre du droit positif, d'un droit positif plein de sagesse si l'on veut, mais qu'enfin ce n'était que l'œuvre du droit positif[2].

[1] Epictète, ch. 62.

[2] *Sic* Ahrens, *Cours de Droit naturel*, p. 172. — M. Rey, dans son *Traité des Principes généraux du Droit*, p. 177, croit aussi

Je ne crois pas, je l'avoue, à cette prétendue limite. Qui la fixerait, d'abord? Et puis, ce n'est pas tout : pourquoi, dans le droit naturel, me serait-il défendu de penser à mon bonheur, d'aimer le superflu? Si je suis robuste et industrieux, si j'ai de nombreux enfants, pourquoi ne me servirais-je pas de ces circonstances pour aspirer à la richesse et pour étendre mon domaine? Je ne vois pas de quel droit un nouveau venu, au lieu d'imiter mon exemple, prétendrait m'opérer un retranchement, sous prétexte que j'ai plus que le nécessaire.

Tant qu'il reste de la place au soleil, tant que ce nouveau venu peut trouver où s'établir, il n'a pas le droit de critiquer l'étendue de mes possessions. Il doit respecter tout ce qui porte la marque du travail de l'homme, soit que j'aie moi-même conquis ce terrain sur la nature, soit que je l'aie acquis par des échanges, soit que je le cultive par moi-même ou par des représentants. Un pieu planté dans la terre ne possèdera pas pour son maître cent lieues d'étendue. Mais là où se manifeste une possession sérieuse, c'est-à-dire la trace efficace du pouvoir de l'homme, ce nouveau venu doit passer outre et aller s'établir ailleurs.

Mais, dit-on, la place est prise, la faim se fait sentir, et il ne trouve point à manger!

Si véritablement la situation des choses était telle,

que la loi pourrait empêcher qu'un homme possédât une portion de biens *tout-à-fait excessive*. Mais qui déterminerait la quotité légale?

si, par exemple, on supposait une île dans laquelle deux ou plusieurs individus se seraient tout attribué, pendant que les autres mourraient de faim, alors en effet le droit naturel autoriserait ces derniers a réclamer une part de ceux qui auraient trop. Le droit imprescriptible de tout homme est de vivre; mais il faut ajouter à ce principe les explications suivantes:

D'abord, il faut s'entendre sur ce qu'on doit réputer impossibilité de vivre, impossibilité de trouver place sur une terre pleinement occupée. Il n'est pas nécessaire que chaque homme ait sa part de propriété foncière: car quand on la lui donnerait, il pourrait la vendre, préférant s'employer à l'industrie et spéculer sur des capitaux. Il y a des négociants, possesseurs d'une immense fortune en écus, sans avoir un pouce de terrain. Ce n'est pas sur eux sans doute que s'apitoieront les philosophes.

En second lieu, dans quel rayon faut-il que le pauvre ne puisse trouver à subsister, pour qu'il soit en droit d'accuser le riche de lui voler sa part au soleil? Faut-il que ce soit dans la même commune? Mais s'il peut trouver à vivre dans la commune voisine! est-ce qu'il ne devra point y aller, plutôt que de vouloir déposséder autrui?

Voici donc un homme qui possède cent arpents de terrain: un autre vient lui demander le partage, sous prétexte qu'il n'y a plus de place vide à côté. Mais de quel droit le ferait-il, si ailleurs, si à cent lieues il existe des terres vacantes à coloniser? Suis-je responsable de ce qu'il veut s'établir précisément où je

suis? Faut-il que je me déplace parce qu'il ne lui convient pas d'aller habiter sous un autre degré du méridien?

Je ne me mets, en raisonnant ainsi, qu'au point de vue du droit naturel, c'est-à-dire dans l'état extra-social; je dis que, dans cet état, quand la population devient surabondante quelque part, ce n'est pas une raison pour déposséder ceux qui sont déjà pourvus; c'est le cas, au contraire, d'une émigration: telle fut l'origine des premières colonies.

A ce mot, on se récrie; on parle d'inhumanité. Les colonies! mais c'est l'exil, et l'exil est pire que la mort. D'ailleurs, il sera bien consolant, dit-on, pour l'ouvrier qui meurt de faim dans nos villes, de savoir qu'en Amérique ou au Cap de Bonne-Espérance il y a des terres pour ceux qui veulent aller s'y établir, lorsqu'il n'a pas cinq francs pour se mettre en route. C'est joindre l'insulte à la cruauté.

A cela je réponds qu'il faut bien distinguer ce qui est de droit et ce qui est de sentiment. Qu'il soit triste pour un homme de s'expatrier, j'en conviens; qu'il désire ne pas le faire, et que, dans ce cas, le riche vienne à son secours par des aumônes, rien de mieux encore: c'est ce que prescrit la morale, l'humanité. Mais de là à une notion de droit, la distance est grande. De ce que je ferai bien de vous aider dans votre infortune, il ne s'ensuit pas que vous ayez, même en droit naturel, le pouvoir de m'y contraindre.

Quant à l'impossibilité où se trouve le pauvre de

gagner un lieu éloigné où la fortune puisse lui être moins hostile, tout ce qui résulterait de là, c'est qu'on fera bien de lui fournir les moyens de s'y rendre; mais il ne s'ensuit pas qu'on soit obligé de lui prester un établissement là où il déclare qu'il veut s'établir.

D'ailleurs, ne faisons pas la difficulté plus grande qu'elle n'est. On vit dans les campagnes, on vit en France, et la misère n'est affreuse que dans les vastes cités, et surtout dans les cités industrielles. C'est là que l'homme, mal engrené dans une civilisation factice à laquelle l'attachent ses vices et ses besoins, ne peut ni s'en extraire, ni trouver à y vivre. Mais ici encore, ne déduisons pas le droit naturel des infirmités d'une société dégénérée. C'est à la philanthropie à rechercher les moyens d'atténuer le mal du paupérisme; mais on ne doit pas alléguer le paupérisme comme la preuve que la propriété est injuste en soi.

Aussi n'est-ce pas dans les campagnes, au sein des populations agricoles, qu'ont germé les doctrines communistes; ces doctrines n'y seraient pas comprises. Mais elles sont filles de la démoralisation industrielle, c'est-à-dire de l'imprévoyance, du vice, de la misère qui en est la suite, et de la haine contre les riches qui vient naturellement après[1].

[1] Si l'on veut savoir quelle est l'influence de l'industrie sur les populations, la statistique nous l'apprendra. Dans les dix départements de France les plus industriels, il y a eu, en cinq ans, un accusé de crime contre les propriétés sur 3,162 individus. Dans

Je conclus de là que, dans le droit naturel, chacun peut acquérir des biens, même au-delà de ses besoins, pourvu qu'il ne réduise point les autres, par le fait de son appropriation, à manquer du nécessaire.

CHAPITRE II.

Objections contre la Propriété.

Jamais la propriété n'a été attaquée aussi violemment que de nos jours. Une multitude de sectes socialistes, les saint-simoniens, les égalitaires, les communistes, ont prétendu démontrer son illégitimité. La jurisprudence ne peut pas rester sourde à tout ce bruit qui se fait au-dehors. Nous examinerons tout-à-l'heure quelle organisation les novateurs prétendent substituer à l'organisation actuelle. Pour le moment, voyons d'abord ce qu'ils objectent à la propriété, base de notre ordre social [1].

les dix départements les moins industriels, la proportion n'a été que d'un sur 9,476. Quant au suicide, la différence est encore plus sensible. Dans les départements industriels, on a compté un suicide sur 7,603 habitants; et dans les départements agricoles, un suicide sur 67,265. (Villeneuve, *du Paupérisme*, t. I, p. 339.)

[1] Les sophismes les plus spécieux contre la propriété se trouvent dans une brochure de M. Proudhon, intitulée : *Quest-ce que la Propriété?* A quoi l'auteur répond : *C'est le vol.* Inutile de dire qu'il ne s'agit point ici du vénérable auteur de l'*Usufruit*, notre savant maître et collègue.

1re Objection. — Qu'est-ce que la propriété? C'est le vol, ont dit les plus hardis; et ils peignent le propriétaire comme une sorte de Robinson, debout sur les rochers de son île, d'où il repousse avec le canon de son fusil le malheureux prolétaire que la vague de la civilisation submerge; ou bien encore, ils comparent la propriété à un immense ténia qui pompe par ses mille suçoirs la substance du corps social[1]: métaphores qui toutes aboutissent à dire que les riches prennent aux pauvres ce qui devait leur revenir, et qu'ils s'engraissent de leur substance.

Comparaison n'est pas raison. La propriété est le vol! Mais, pour que cela soit, il faudrait commencer par prouver que les pauvres avaient un droit inné sur ce que les riches possèdent. Je ne ferai pas une chicane, en disant que le vol présuppose la propriété que l'on nie. Il serait plus juste toutefois de se contenter de dire que la propriété est l'oppression du pauvre par le riche, et que celui-ci commet une injustice en appliquant à son usage exclusif ce qui devrait servir à l'usage de tous. Or, ce droit de tous à toutes choses, il a fallu le baser sur des principes antérieurs qui se résolvent dans les objections suivantes.

2e Objection. — La terre n'est à personne. Quand Dieu l'a lancée dans l'espace, avec les animaux et les créatures qui l'habitent, il ne l'a pas fait pour que certains d'entre ces animaux, plus orgueilleux

[1] Proudhon, *loco citato*, p. 54.

que les autres, s'imaginassent de proclamer que ce globe était à eux, et que personne qu'eux n'y avait droit.

Que veut-on dire par là? Entend-on que dans l'origine, au moment de la création, la terre n'était à personne? Je n'en sais rien, et je crois que les autres n'en savent pas davantage. Mais quand cela serait, il n'en résulte pas que l'homme n'ait pas eu le droit de s'en approprier telle ou telle partie postérieurement. Les arbres, les fruits, les animaux, n'étaient aussi à personne dans l'origine, et cependant il a bien fallu que chacun pût les détruire pour ses besoins, et par conséquent se les approprier. Le même raisonnement est applicable au sol : car j'ai montré plus haut que l'homme ne pouvait pas vivre comme sa nature raisonnable le comporte, sans y faire acte de propriété exclusive.

Qui est-ce qui voudrait planter un arbre, s'il n'avait pas la certitude d'en recueillir les fruits? Qui est-ce qui voudrait défricher un champ, si un autre pouvait lui enlever la récolte ou prétendre au droit de l'ensemencer lui-même l'année d'ensuite?

Peut-être acquiescerait-on à reconnaître un droit ainsi conquis par le travail et contenu dans de certaines bornes. Mais on trouve mauvais que le fils d'un millionnaire jouisse de revenus considérables, quand tout son mérite consiste, comme dit Figaro, à s'être donné la peine de naître. Si cela était, on admettrait déjà le principe de la propriété. L'on ne disputerait plus que sur la question de savoir si les successions sont un titre légitime d'acquérir, question

que je débattrai en son lieu, et qu'il ne faut pas mêler avec la question de propriété, dont elle est indépendante. Peut-être aussi, tout en admettant que l'homme peut être propriétaire du sol, voudrait-on seulement que la répartition fût égale entre tous. C'est en effet ce que l'on a prétendu établir par un autre argument que voici.

3e Objection. — Tous les hommes naissent égaux en droit; et cependant quelle amère ironie que de dire au prolétaire qu'il est l'égal du riche! Le prolétaire vit avec sa famille dans un galetas infect; l'heureux du siècle habite sous des lambris dorés. L'un couche sur la paille, l'autre dort dans la soie. Le premier supporte un travail opiniâtre pour gagner une maigre pitance; le second ne fait rien, et se gorge des mets les plus délicats. Oh! la plaisante égalité que celle qui règne entre ces deux hommes!

A cela je réponds : Oui, tous les hommes naissent égaux en droit! Mais ne pervertissons pas ce dogme sacré, qui ne signifie qu'une chose: c'est que tous les hommes sont aptes à tout; c'est qu'ils ont tous la même vocation originelle; c'est qu'il serait injuste de mettre des obstacles au libre développement de leur activité, et surtout des obstacles qui pèseraient fatalement sur les uns et qui ne pèseraient pas sur les autres; c'est qu'ils peuvent tous acquérir des richesses, en disposer à leur gré, et, dans l'état social, parvenir également aux fonctions, sans distinction de caste ou de naissance.

Mais conclure de l'égalité originelle des hommes

que la richesse est une injustice, ce serait comme si l'on accusait celui-ci d'être plus fort que celui-là; ce serait comme si l'idiot disait à l'homme sensé : Tu as plus d'esprit que moi, donc tu es un voleur.

Pour tout ce qui concerne les droits acquis, bien loin que l'égalité soit la règle, je ne crains pas d'affirmer au contraire que tous les hommes naissent inégaux. Accusez la nature d'avoir départi aux uns la force, l'industrie, l'économie, le courage, et d'avoir donné aux autres les qualités contraires. Est-il de droit naturel que l'industrieux acquière pour son voisin, et que l'économe approvisionne le dépensier? Qu'on décrète, si l'on veut, à un instant donné cette égalité vainement rêvée : on n'empêchera pas l'imprévoyance de dissiper son patrimoine, l'esprit d'ordre d'augmenter le sien, et l'inégalité renaîtra aussitôt.

4e Objection. — Tout cela peut être dans l'état de nature, dit-on; mais l'état de nature n'est pas le beau idéal de l'homme. C'est dans la société qu'il faut le considérer; et alors il est bon que les lois sociales, en corrigeant des inégalités fortuites, répartissent les richesses de manière à ce que chacun ait le moyen d'exister.

Qu'on y prenne garde : en raisonnant ainsi, on abandonne le droit naturel pour se réfugier dans le droit positif. On est obligé de reconnaître que, dans le premier, l'inégalité des fortunes est un résultat légitime et nécessaire des diverses aptitudes des hommes; on voudrait seulement obtenir de la société une

organisation sujette à moins d'inconvénients. Nous voici déjà bien loin du vol.

Quant aux organisations qu'on a proposées, je ferai voir, dans un autre chapitre, qu'elles sont toutes plus vides et plus impraticables les unes que les autres. Ici je me borne à examiner s'il résulte en effet de la nature de la société qu'elle soit dans l'obligation de déroger au droit naturel à cet égard.

On confond perpétuellement ce qui est de droit avec ce qui est de morale : parce qu'on plaint le sort des pauvres, qui est certainement très-digne de pitié, on en conclut que la loi doit ôter à ceux qui ont trop pour donner à ceux qui ont trop peu. Mais ceci est une affaire de charité, qui doit être laissée à l'appréciation spontanée de l'individu; rien ne serait plus injuste que de l'y contraindre.

Encore si l'on pouvait imputer à ceux qui possèdent le malheur de ceux qui ne possèdent pas! argumentation accoutumée des adversaires de la propriété, mais argumentation captieuse et sophistique comme toutes les autres! Est-ce ma faute, à moi, si vous vous trouvez sans moyen de subsistance, lorsque j'ai su m'en procurer plus ou moins abondamment? J'ai pu, et je l'ai démontré, acquérir légitimement, même du superflu. Un nombre de personnes suffisant pour que toute la masse des propriétés soit absorbée sur un point donné, a suivi mon exemple. Dans cet état de choses, vous vous présentez, et vous plaignez de ne plus rien trouver de vacant. Mais c'est votre faute d'avoir dissipé votre patri-

moine; c'est la faute de vos parents de vous avoir mis au monde sans avoir prévu s'ils pourraient vous nourrir. Ce n'est pas à moi, dans aucun cas, de répondre d'un fait dont je suis innocent.

Que le législateur intervienne, qu'il fonde des établissements de travail ou qu'il facilite l'émigration dans un certain degré : peut-être fera-t-il bien dans l'intérêt de tous. Mais encore ici son œuvre est-elle moins une œuvre de droit, de justice, qu'une mesure de politique ou de charité.

5e Objection. — La base de toute société est l'égalité. Par cela seul que plusieurs s'associent, ils veulent se traiter en égaux, quelque différence qu'il y ait entre leur capacité ou leurs services; et lorsque, par exemple, on forme une société commerciale, le bénéfice doit se répartir également entre tous, encore que les capitaux de l'un soient plus considérables ou l'industrie d'un autre plus précieuse. Il doit en être de même dans la grande association des peuples.

A ce raisonnement il suffirait peut-être de répondre : *Quod est demonstrandum.* La jurisprudence ne consacre pas ce principe de l'égalité absolue entre les sociétaires[1]; et quand elle le consacrerait, il y a loin des sociétés-contrats à l'état de fait qu'on appelle la société, état qui ne résulte pas de la volonté des hommes. On concevrait encore que des commerçants

[1] Le Code civil (art. 1853), ordonne qu'en l'absence de conventions spéciales, les associés prennent une part proportionnelle à leur mise.

qui entreprennent quelque chose en commun, s'ils ne font pas de stipulation sur les parts, ont entendu qu'elles seraient égales, parce que l'industrie de l'un peut compenser l'infériorité de son apport. Mais dire que je dois partager avec tous les membres d'une association politique où le hasard, et non mon choix, m'a placé, et qu'en cela consiste l'essence de la justice, c'est un abus de paradoxe par trop révoltant.

Achille, Ajax et Thersite vont au combat. Achille a fait dix prisonniers, Ajax en a fait cinq, et Thersite a pris la fuite en jetant son bouclier. Comment partageront-ils le butin? Les antipropriétaires ont découvert que la justice consistait à donner autant à Thersite qu'à chacun des autres[1].

6e Objection. — La propriété est l'exploitation de l'homme par l'homme. — Cette proposition est une de celles auxquelles les ennemis du régime actuel attachent le plus d'importance, si l'on en juge par le nombre de fois qu'ils la répètent.

Exploiter quelque chose, c'est en tirer parti, c'est lui faire produire une certaine utilité pour l'agent. Vous avez besoin d'une voiture pour faire un voyage, et je vous loue la mienne moyennant vingt francs; vous faites, dans ce voyage, un profit de quarante francs. J'ai exploité le besoin que vous aviez de ma

[1] M. Proudhon, dans la brochure que j'ai citée, p. 264, démontre très-sérieusement qu'il doit en être ainsi. Je n'ai fait que reproduire son exemple, en reconnaissant d'ailleurs que sa solution est très-conforme à sa doctrine en général.

voiture, et vous avez exploité le besoin que j'avais de la louer. Nous y avons gagné tous les deux.

Il en serait de même si je vous amodiais un magasin dans ma maison. En cela, vous faites vos affaires, et moi les miennes. Nous nous exploitons mutuellement.

Mais c'est un instrument beaucoup plus considérable dont vous avez besoin pour une opération qui l'est elle-même davantage. Cet instrument est un fonds de terre qui m'appartient, et qui vous serait nécessaire pour tenter une entreprise de culture en grand. Contrat par lequel je vous en cède la jouissance moyennant un certain prix. Qu'est-ce qu'il y a là de plus immoral que dans les hypothèses précédentes ?

Les communistes ont découvert cette immoralité. Elle consiste en ce qu'une voiture s'use, et en ce que mon champ ne s'use pas; en ce que j'ai fait ma voiture, et en ce que je n'ai pas fait mon champ; et finalement, en ce que le bailleur, qui ne travaille pas, a la plus grosse part, tandis que le fermier, qui travaille, vit à grande peine, ou même se ruine tout-à-fait.

Reprenons ces objections. Ma voiture s'use, et mon champ ne s'use pas. Cela n'est pas toujours vrai; car s'il s'agit d'un fonds nouvellement défriché, il sera moins fertile à l'expiration du bail qu'au commencement. D'ailleurs, en thèse ordinaire, ce fonds s'use toujours pour moi, par rapport à ma jouissance viagère, puisque, si le bail est de neuf ans, j'aurai neuf ans de moins à en jouir quand il me sera restitué.

D'ailleurs, qu'importe qu'il s'use ou non? Si je ne l'avais pas affermé, j'en jouirais, je le cultiverais par moi-même, il me produirait un revenu. Pourquoi donc serait-il injuste que celui à qui j'en remets la jouissance me tienne compte d'un certain salaire?

Seconde différence : j'ai fait ma voiture, et je n'ai pas fait mon champ. Mais d'abord, c'est que j'ai pu faire mon champ, si j'ai transformé par mon industrie un marais insalubre en de magnifiques cultures, comme on l'a pratiqué pour le val de Chiana, en Toscane. Et puis, quand même cela ne serait pas, mon domaine est toujours la représentation d'une autre espèce de travail, c'est-à-dire des capitaux avec lesquels je l'ai acheté, et qui sont le fruit de mes œuvres. Si l'on oppose que ces capitaux eux-mêmes m'ont été transmis par succession, alors ce n'est plus la propriété que l'on attaque, mais le mode de la transmettre. C'est un autre ordre d'idées dont nous n'avons point à nous occuper pour le moment.

Enfin, dit-on, il est immoral que le propriétaire s'engraisse dans l'oisiveté, tandis que le fermier, qui supporte toute la peine, n'arrive qu'à mourir de faim. C'est un marché lésionnaire, une société léonine.

Si le propriétaire se repose aujourd'hui, c'est qu'il a travaillé autrefois, non pas peut-être comme laboureur, mais comme jurisconsulte, comme marchand, comme mathématicien. Tous ne peuvent pas porter le même uniforme dans l'armée sociale; dans

toute condition il y a des peines morales et matérielles qui se compensent.

Il n'est pas vrai, ensuite, que tout fermier se ruine; ce n'est qu'un cas exceptionnel et malheureux qui se rencontre dans toute profession où la spéculation entre pour quelque chose. Mais cela fût-il vrai, tout ce qui s'ensuivrait, c'est que le taux des fermages serait trop élevé en général, et ce serait aux fermiers à se l'imputer, puisque ce taux se fixe de gré à gré entre eux et le propriétaire. Il n'y a pas plus de motifs pour condamner sur ces griefs le contrat de louage, qu'il n'y en a pour proscrire le contrat de vente, sous prétexte que l'acheteur paie quelquefois la chose plus qu'elle ne vaut.

Je conclus de là qu'il n'y a pas d'exploitation de l'homme par l'homme dans le bail à ferme, ou, si l'on veut, qu'il n'y a qu'une exploitation licite, telle qu'il s'en trouve dans la vente, dans le prêt, et dans tous les autres contrats.

CHAPITRE III.

Des Socialistes modernes.

Il est plus facile d'accuser la société que de la refaire. Depuis les temps anciens, tous les rêveurs socialistes ont recommencé la même idée, la béatification de l'espèce humaine par la destruction de la

famille et de la propriété. Lisez la République de Platon, l'Utopie de Thomas Morus, la Cité du soleil de Campanella, le Code de la Nature de Morelly: c'est toujours le même thème, à peine varié dans ses détails. Il est vrai que le monde a poursuivi son chemin, sans faire attention à ces écarts des sages. De nos jours, après des révolutions qui ont déplacé les fortunes et ébranlé les esprits, il était naturel peut-être que ces systèmes se renouvelassent, et qu'ils rencontrassent momentanément plus d'adhésion. On verra, par une revue rapide, qu'ils ont ajouté peu de chose aux idées des anciens philosophes, si ce n'est que leurs auteurs, obligés de préciser leurs combinaisons pour arriver à des résultats pratiques, en trahissent d'autant mieux le vide et la grossièreté.

§ I.

Saint-Simonisme [1].

Le saint-simonisme s'annonçait comme devant saper tous les priviléges de la naissance sans exception. La propriété et l'hérédité étaient les premiers de ces priviléges. La maxime fondamentale des nouveaux apôtres était : A chacun selon sa capacité; à chaque capacité selon ses œuvres.

[1] Sur les doctrines du saint-simonisme et l'histoire de ses destinées, on peut consulter Louis Reybaud, *Etudes sur les Réformateurs modernes*, t. I, p. 42 et suiv.

Je n'ai pas à m'occuper ici du côté religieux du saint-simonisme, qui admettait un semblant de divinité pour l'acquit de la conscience des hommes, sans pouvoir parvenir à définir son dieu panthéistique, le premier des oisifs du système. Toutes les théories relatives à la propriété se concentraient dans la mairie constituée de la manière suivante :

La commune, seule propriétaire du sol compris dans ses limites, des instruments de travail, et même des capitaux, attribue à chacun, selon sa capacité, le fonds qu'il doit mettre en œuvre. Les fruits de son industrie, appartenant en propre au travailleur, agissent comme stimulant sur son activité.

Le maire, chef de la commune, est investi du pouvoir considérable d'apprécier les capacités, de juger les vocations, et de mesurer sur les mérites de chaque individu la proportion de sol ou de capitaux à laquelle il a droit. Il doit se déterminer, dans cette répartition, par le talent, par la bonne renommée, par l'ancienneté, mais jamais par la faveur.

Toute hérédité est abolie. Le maire peut accorder aux enfants du défunt une part ou même la totalité de l'avoir qu'il a laissé, mais seulement s'ils sont capables, et non à titre de successeurs.

Quant au surplus de la doctrine, à la femme libre, aux mariages saint-simoniens, à la hiérarchie sociale couronnée par un pape investi du pouvoir absolu, je me dispenserai d'en parler, soit parce que le temps en a déjà fait justice, soit parce que le sujet de la propriété n'y est pas intéressé.

J'examinerai dans le chapitre suivant ce que produisirent les essais de ce système. Je me bornerai à remarquer ici que le saint-simonisme devait se briser contre deux écueils, c'est-à-dire les discordes intestines, et l'instinct de la propriété qu'il attaquait directement.

Rien n'est si vivace chez les hommes que l'amour-propre et le désir d'acquérir, deux passions qui se trouvaient perpétuellement en éveil dans la société saint-simonienne, par ces partages basés sur la capacité. Le moyen de croire que, par respect pour la parole du maire ou du prêtre, chacun souscrirait à l'équité de sa sentence, et se contenterait de la dignité, de la fonction ou du capital qui lui aurait été assigné! Cette société aurait donc bien peu ressemblé à la nôtre! Nous avons vu les saint-simoniens succomber sous leurs divisions et leurs schismes. Est-ce que leurs premiers apôtres n'étaient point assez fervents? ou bien est-ce que la race humaine n'est point encore assez régénérée?

Ils ne se trompaient pas moins en abolissant la propriété et le droit des successions. C'est un sentiment inné et tout-puissant dans le cœur de l'homme que de s'attacher au sol, que d'habiter la maison de ses pères, que de planter ou d'arracher, que d'agir en maître; en un mot: ils méconnaissaient tout cela. Du reste, ce n'est point ici, c'est quand je traiterai des successions, que je démontrerai plus en détail les dangers, l'impossibilité même de les supprimer.

§ II.

Système de Fourier.

Après les saint-simoniens, viennent les fouriéristes, qui ne demandent plus l'abolition de la propriété. Leur principe est : *A chacun selon son capital, son travail et son talent.* Mais ils veulent une refonte complète de la société qui repose sur une base vicieuse, c'est-à-dire sur le fractionnement et la rivalité des forces individuelles, tandis que tout bien doit sortir de l'association. Cette association se réalise dans le phalanstère, où chacun est libre d'entrer ou de ne pas entrer ; mais une fois les phalanstères établis, ils présenteront tant d'avantages, on y jouira d'une telle somme de bonheur, que tout propriétaire sera contraint de s'y enrôler par la force des choses [1].

Un phalanstère est une espèce de grand monastère d'hommes et de femmes, composé d'environ deux mille individus. Fourier en donne le plan architectural avec précision. Toutes les professions utiles à la société y sont exercées. Toute personne y est admise avec son capital ou son industrie, qui lui donnent un droit proportionnel dans la distribution des profits.

La phalange, d'où le phalanstère tire son nom,

[1] La description suivante du Phalanstère est faite d'après le *Monde Industriel* de Fourier. V. aussi le livre de M. Tissot sur la *Manie du Suicide*, p. 216 et suiv.

se divise en séries, les séries en groupes, les groupes en sous-groupes, selon le travail ou la subdivision de travail auquel ces personnes sont portées d'affection. Fourier a remarqué, ce que tout le monde sait du reste, que plus le travail est divisé et spécialisé, plus il est productif; c'est l'histoire des épingles, dont on donne cinquante pour un sou.

Le tout est d'utiliser la vocation spéciale des individus, en leur laissant l'entière liberté dans le choix d'un genre de travail. Bien entendu que le sexe ne sera plus une cause d'incapacité dans l'état sociétaire, et qu'une femme pourra exercer la médecine, rendre la justice, ou commander les armées, comme un homme pourra tricoter ou se faire bonne d'enfants [1].

Le maître s'est attaché à préciser et à discipliner toutes les fonctions du phalanstère, depuis les nourrissons, qui seront bercés à la mécanique, jusqu'à la cuisine, où il y aura sept degrés de broches tournées par des *bambins* d'un âge correspondant [2].

Le grand mal de la société, telle que nous la voyons, est, selon Fourier, que les passions des hommes, contrariées, comprimées sans cesse, produisent, par la résistance même qu'elles éprouvent, les crimes, les vices et la dégradation des individus. Laissez à ces passions leur libre cours, et ces torrents dévastateurs deviendront un moteur utile dont l'industrie socialiste saura tirer parti.

[1] *Monde Industriel*, p. 224 et suiv.
[2] *Ibid.*, p. 263 et 264.

C'est par suite de ce principe, que *le libre amour* sera la loi du phalanstère ; en d'autres termes, que le mariage y sera supprimé, et qu'il y aura communauté d'hommes et de femmes, ou pêle-mêle entre les sexes : moyen violent, mais infaillible, pour empêcher la débauche.

Le riche phalanstérien ne sera point obligé de travailler ; il pourra se tenir dans sa chambre ou se promener dans de grandes allées couvertes pratiquées à cet effet ; mais les oisifs, s'ils ne sont pas entièrement bannis du système, y seront du moins très-rares.

Enfin, quand il faudra venir au partage des immenses bénéfices que le travail commun aura réalisés, c'est par le vote ou l'élection qu'on attribuera à chacun son dividende, en tenant compte aussi bien des capitaux apportés que du travail ou de l'industrie des sociétaires.

Comment s'entretiendra l'ordre et la paix dans l'association phalanstérienne? Par quel moyen évitera-t-on les rixes fréquentes qui doivent naître, ce semble, du *libre amour?* Comment y trouvera-t-on des gens qui se chargeront, par goût, des travaux vils ou rebutants[1]. Par quel secret chacun sera-t-il

[1] Pour résoudre cette objection embarrassante, Fourier fait exécuter ces travaux par de petites hordes d'impubères, sous la conduite des Kans ou des Druides. Le travail devient-il trop difficile pour leur âge, il fait intervenir des groupes à goûts fantasques, qu'il classe en initiateurs, en occasionels, en ambiants, en caméléons et en finisseurs (p. 293 et 294). Enfin, pour honorer les fonctions méprisées, elles ont le pas sur toutes les autres dans les marches solennelles.

toujours juste envers les autres dans la répartition finale des bénéfices, et toujours content lui-même de la part qui lui sera faite? Enfin, quel sera le principe de bonne harmonie qui fera marcher sans frottement la machine sociétaire, avec un accord de volontés qui n'existe guère entre les hommes d'aujourd'hui?

Toute cette magie sera produite par trois passions restées inaperçues jusqu'à Fourier dans le cœur de l'homme, et qu'il a décorées du nom de *papillonne*, de *cabaliste* et de *composite*. — La papillonne tend à la satisfaction de toutes les passions, et par conséquent à la variété dans les jouissances. — La cabaliste crée l'émulation entre les divers groupes d'espèces assez analogues pour rivaliser ensemble; elle excite, elle pousse au travail. — La composite, de toutes les passions la plus romantique, la plus irréfléchie, est celle qui résulte de plusieurs plaisirs de l'ame ou des sens goûtés simultanément; c'est par elle que nous éprouvons l'enthousiasme pour le beau[1].

Fourier affirme qu'au moyen de ces trois passions, qu'il appelle *mécanisantes*, une nouvelle ère s'ouvrira pour l'humanité; que dans un phalanstère de 1810 personnes, chaque individu aimera passionnément tous les autres, directement ou indirectement; que l'ambition s'y taira; que les petites jalousies seront étouffées dans l'immense bien-être qui résultera du régime harmonien; qu'enfin, la bienveillance universelle sera si grande, qu'elle établira « entre les

[1] P. 80 et suiv.

testateurs et les légataires, soit consanguins, soit adoptifs, une affection assez vive pour que l'héritier désire prolonger la vie du testateur qu'il est aujourd'hui si impatient de conduire au monument[1]. »

Je ne veux pas m'arrêter long-temps à la réfutation de ce système. Je ferai observer seulement que Fourier s'abusait ou abusait les autres, en prétendant respecter l'institution de la propriété. La propriété n'est pas quelque chose de vaporeux et de métaphysique, comme ce qu'il appelle un capital. C'est un droit exclusif, qui se traduit éminemment en fait; c'est un rapport étroit de l'homme à la chose, qui lui permet de la métamorphoser, d'en jouir à sa guise, de la détruire même sans rendre compte à personne. Mettez à la place une action donnant droit à une part de bénéfices, et tout homme de bonne foi sentira que la propriété a cessé d'exister.

Il peut se faire que, par la puissance de l'association, plusieurs familles, en combinant leurs efforts, en réunissant leurs capitaux, parviennent à des résultats économiques avantageux. Il y a là une vérité que Fourier n'a pas inventée, comme il y a un problème qu'il n'a pas résolu, car ses élèves eux-mêmes apportent aux phalanstères d'assez larges amendements. Toutefois, si on laisse les hommes libres de former ces associations ou de ne pas les former, ce problème devient un simple problème économique; ce n'est plus une question sociale.

[1] P. 385 et suiv., 393, 396, etc.

Quant aux idées bizarres que Fourier a jetées dans l'exposition de sa doctrine avec plus d'imagination que de bon sens, leur absurdité est si frappante, qu'on me dispensera d'y insister, ses élèves eux-mêmes consentant volontiers à délaisser aujourd'hui la papillonne et les périodes humanitaires, pour réduire le phalanstère aux simples proportions d'une exploitation agricole[1].

§ III.

Société coopérative.— Robert Owen.

Robert Owen, l'un des plus grands capitalistes de l'Angleterre contemporaine, proposa un nouveau

[1] On ne sait trop si Fourier croyait lui-même à ses cosmogonies, lorsqu'il affirmait qu'après l'adoption de son système la nature changerait; qu'une couronne boréale dissoudrait les glaces du pôle et permettrait de cultiver les orangers à Saint-Pétersbourg; qu'il naîtrait des hypo-chiens, des anti-lions, des anti-hippopotames, des anti-tigres, destinés à détruire les espèces malfaisantes, et que le mercure se congèlerait à zéro. Suivant lui, le soleil s'alimentait par un arôme tétra-cardinal émané des planètes. « D'où vient que la nôtre n'en fournit plus? Ce n'est ni d'impuissance, ni de vieillesse: car elle est fort jeune et infra-pubère. C'est une suspension d'exercice arômal causée par la chute de l'astre en subversion ascendante, où il tomba environ cinquante ans avant le déluge. Cette crise est inévitable sur tous les globes, excepté le soleil. Ils en souffrent plus ou moins, comme les enfants souffrent de la dentition. La terre en a si prodigieusement souffert, qu'une fièvre putride résultant de cet accident s'est communiquée au satellite Phœbé, qui en est mort. Notre planète n'en est pas moins un petit astre des plus vigoureux, etc.... » (*Traité d'Association*, t. I.)

plan de société qu'il appela *société coopérative*, comme il appela son système *système rationnel*. Il en avait conçu les données principales en administrant un vaste établissement industriel où il obtint des succès éclatants, aussi bien dans l'intérêt de sa fortune que dans celui des populations qu'il dirigeait. Mais il se hâta trop peut-être de les attribuer à ses idées philosophiques, tandis qu'ils étaient dus principalement à l'homme, à sa patience, à son exemple et à son habile direction.

Encouragé par les premiers résultats, M. Owen fit de la propagande. Il agita l'Angleterre par la parole et par les journaux, ne se laissant jamais arrêter par des considérations d'argent. Il jeta le plan de tout un système nouveau de société, où tout était prévu d'avance, depuis les dogmes philosophiques jusqu'à l'exécution matérielle, depuis les moyens d'éducation jusqu'à la forme des constructions agricoles. Une grande faveur l'accueillit d'abord; les souscriptions abondaient. Enfin, vers 1824, il passa en Amérique pour y fonder la colonie de New-Harmony, dont nous dirons plus bas les résultats. Pour le moment, contentons-nous d'indiquer les bases sur lesquelles reposait la société coopérative.

Tout principe religieux en était banni. Sous ce rapport, M. Owen était au moins plus franc que les saint-simoniens ou les fouriéristes.

Comme point fondamental de sa doctrine, il arborait le principe de l'irresponsabilité humaine et de l'égalité la plus absolue.

L'irresponsabilité lui paraissait découler de ce que les actions humaines ne sont pas libres. L'étude des hommes l'avait convaincu qu'ils sont bons ou méchants fatalement par l'éducation qu'ils ont recue, par le milieu dans lequel ils vivent, par les besoins qu'ils éprouvent; que la société a pour mission de modifier cette éducation, ce milieu; mais que l'homme, jouet des circonstances, n'est jamais ni à louer ni à blâmer. C'était, en un mot, la vieille doctrine de la nécessité renouvelée.

De là, dans la société coopérative, absence complète de punitions comme de récompenses. L'intelligence et l'imbécillité, le travail et l'indolence, les crimes et les vertus, recevaient le même traitement, sans encouragement pour le bien, sans répression contre le mal.

Le système rationnel détruisait toute inégalité de rang; les talents et la capacité ne sortaient pas même hors ligne, comme dans la société saint-simonienne; aucune propriété privée, mais similitude entière d'habillements, de genre de vie, de nourriture, de logement, pour tous les membres de la communauté.

Ce système, appuyé d'une bonne éducation de la jeunesse, devait faire plus pour régénérer les hommes, selon le réformateur, que les prisons et les supplices du régime actuel. L'impossibilité d'acquérir des biens et de s'élever au-dessus du niveau général, devait tarir la source de l'égoïsme, de l'esprit de rivalité, et par conséquent de tous les crimes qui en sont la suite. Quel intérêt les hommes auraient-ils à être mé-

chants, quand la part de tous est faite d'avance, et que cette part est égale?

Oui; mais aussi quel intérêt auraient-ils à être bons? Où chercher le mobile des grandes actions? Quel savant pâlira sur ses livres pour étudier la nature, pour lui arracher ses secrets, pour promouvoir les grandes découvertes, quand l'ignorant obtiendra les mêmes honneurs que lui? Et, sans même porter ses regards si haut, qui détournera les paresseux de l'oisiveté, dans un système où ils auront leur vie gagnée d'avance?

§ IV.

Communisme.

Le communisme n'est pas quelque chose d'aussi net que les systèmes précédemment retracés. Il comprend une foule de sectaires, qui s'appellent égalitaires, humanitaires, communistes, communautaires, et qui tous adoptent pour dogme politique l'abolition de la propriété. Ils remontent tous, pour la pensée première, aux théories de Babeuf, qu'ils n'ont jamais désavouées, qu'ils ont même pillées ouvertement. Tous ne vont pas, du reste, aussi loin les uns que les autres, et les journaux qui propagent leurs doctrines ne les exposent pas sans doute dans leur sincérité complète.

Les communistes se piquent peu de philosophie. Ils s'inspirent moins de la philanthropie que de la

haine; ils attendent plus des passions politiques que de la calme persuasion. Ils se distinguent sous ce rapport des saint-simoniens et des fouriéristes, qui ne veulent que des expérimentations paisibles, sans spoliation et sans violence. Par la même raison, ils ont pris moins de souci de tracer le plan de leur société à venir, comme si détruire était pour eux plus qu'édifier. Tous leurs plans d'organisation paraissent se réduire aux idées suivantes.

L'Etat est seul propriétaire de tous les biens. Quiconque attaquerait la communauté universelle ou en discuterait le principe doit être puni, ou même réduit en esclavage perpétuel. La nation, de son côté, est obligée d'entretenir chaque citoyen dans un état de médiocrité ou d'honnête aisance.

Le luxe est banni, les espèces d'or et d'argent supprimées, afin d'éviter les épargnes secrètes; les arts purement agréables sont déclarés inutiles. Plus de villes, mais seulement des bourgs et des villages.

L'Etat est le grand organisateur du travail. Il détermine la nature des cultures par zones; il impose à chacun sa tâche, son industrie, son habitation. L'homme ne prépare plus ses aliments, mais il y a des cuisines et des boulangeries publiques, et les distributions se font par le ministère des magistrats. Si un étranger obtient la permission de voyager dans l'intérieur, ce qui n'est accordé que difficilement, il paie en entrant une somme au gouvernement, qui se charge de le transporter partout et de le défrayer de tout.

Inutile de dire que, dans ce système comme dans tous les autres, la première condition est d'enlever l'enfant à ses parents, sous prétexte de lui donner une éducation nationale : car l'homme appartient à l'Etat depuis sa naissance jusqu'à sa mort.

Le communisme n'est pas précisément un régime de liberté; il faut y être heureux bon gré mal gré. On livre à l'individu la nourriture et le vêtement, mais à condition qu'il ne discutera point, qu'il n'élèvera pas ses regards au-delà de son travail de chaque jour, qu'il ne prétendra point aux jouissances du luxe, qu'il abjurera le sentiment des arts, qu'il renoncera aux joies de la famille et à toute ambition personnelle. Il est impossible d'absorber davantage l'individualité de l'homme dans l'Etat. Comment cet Etat lui-même sera-t-il gouverné? C'est ce qui reste dans l'ombre. En attendant, ce régime fait bien de se donner des airs de force : car il faut peu connaître l'humanité pour croire qu'elle s'en accommoderait volontairement. C'est le matérialisme le plus brut et le plus franc qui se soit jamais produit. Nous allons, au surplus montrer, dans le chapitre suivant, le côté par où pèchent tous ces projets de réforme sociale.

CHAPITRE IV.

Réfutation des Systèmes socialistes.

Après avoir exposé les divers systèmes des réformateurs, j'essaierai de les réfuter, et cela de deux

manières, soit en consultant la raison, soit en invoquant le témoignage des faits.

§ I.

Réfutation par la Logique.

Un reproche que méritent tous les systèmes des réformateurs, c'est de prétendre opérer sur les hommes comme s'ils étaient des saints, des philosophes, ou tout au moins des unités métaphysiques dépourvues de passions. Ils en raisonnent comme si, au moyen de certains procédés d'éducation, il était possible de les livrer à l'Etat innocents et candides, purgés de leurs opiniâtretés, de leurs haines, de leur égoïsme, et tout prêts à se caser dans les combinaisons des manipulateurs de société. Mais on doit compter avec les hommes tels qu'ils sont faits. Un écrivain qui savait par expérience ce que c'est que le gouvernement, se riait avec raison « de ces petits politiques qui prétendent faire mener à tout un peuple une vie de philosophes[1]. »

C'est cependant par ce côté que tous les plans des socialistes ont démasqué leur insuffisance dès qu'on les a mis à l'essai. Les novateurs se sont toujours plaints ou de n'avoir point opéré sur des générations élevées par eux, ou de n'avoir eu pour auxiliaires que les rebuts des populations. Mais, du plus au moins, ils auraient partout rencontré les mêmes

[1] Marc-Aurèle, *Pensées*, ch. XVIII, 8.

obstacles dans la nature même de l'homme, qu'ils avaient rêvée plus belle que la réalité.

Tout homme a l'instinct de la propriété, de la domination dans sa sphère; disons mieux, c'est un droit pour lui. Tout homme est dominé par l'égoïsme, et, bien qu'il faille réprimer les écarts de ce sentiment, on ne peut ni contester ni anéantir sa puissance.

On aura beau confisquer l'individualité au profit de l'association et vanter le bonheur dont jouiront les citoyens dans un état de choses où, la propriété n'existant plus, il y aura lieu au travail collectif, sauf à partager les bénéfices à l'amiable. On aura beau même accorder au propriétaire une ou plusieurs actions, en proportion de son capital. L'homme regrettera son champ, sa maison, son arbre qu'il pouvait cultiver ou détruire à son gré. Le découragement le saisira quand il n'aura plus la certitude de pouvoir librement accumuler les fruits de son travail. C'est le peuple qui a inventé le proverbe que *charbonnier est maître chez lui.*

Quand le désintéressement aura remplacé la cupidité, quand le dévouement sera plus commun que le calcul personnel, quand on verra les légataires souhaiter longue vie aux testateurs, comme l'a prédit Fourier, quand tous les hommes s'aimeront passionnément, selon le programme sociétaire, alors il sera possible d'espérer quelque chance de durée de ces combinaisons qui n'ont de garantie que dans la modestie et l'abnégation des individus. Alors seu-

lement les capacités rivaliseront sans frottement; chacun travaillera pour tous avec ardeur, se contentera de la part qui lui sera assignée, et n'osera concevoir de soupçon contre la justice et l'impartialité de ses cosociétaires.

Pour que ce résultat puisse être atteint, la première condition est de détruire la famille: car l'homme est ainsi fait, qu'il ne veut pas moins pour ses enfants que pour lui-même; le plus grand aiguillon de son activité est moins de s'enrichir que d'assurer le bien-être de ceux qui portent son nom, qui sont nés de lui, qu'il a élevés, et d'envisager pour eux un long avenir. Ce préjugé, si c'en est un, sera du moins difficile à extirper de son cœur.

Les réformateurs ont senti cependant que c'était là la première condition de leur succès. Aussi la famille a-t-elle été en butte à leurs attaques : et de là cette monstrueuse invention du libre amour; de là la destruction du mariage, la promiscuité des sexes, comme si c'était le beau idéal de la société que les enfants n'y pussent connaître leurs parents! On a vécu depuis Platon sur ces idées, sans les renouveler beaucoup, mais aussi sans qu'elles gagnassent du terrain.

Ce n'est pas tout d'accuser la famille de l'esprit d'égoïsme, de cupidité, de rivalité, d'avarice, qui tourmente la société actuelle; comme si la famille avait été inventée à un jour donné, et qu'il dépendît de l'homme d'exister autrement que par elle! La famille est celle des sociétés qui a précédé toutes les

autres, et qui leur survivra. Les parents ont le droit d'aimer et d'élever leurs enfants; ceux-ci ont le droit de n'être pas séparés d'eux. Cette association est la plus sainte; elle tient de Dieu même, et non des philosophes, le pouvoir de rester unie, de travailler en commun, d'acquérir des biens et de les posséder. Quand l'Etat se forme par l'agglomération de plusieurs de ces familles, il acquiert nécessairement un certain pouvoir pour entretenir la paix entre elles; mais c'est à la condition de les respecter et de respecter avec elles tout ce qui est nécessaire à leur existence, c'est-à-dire, en première ligne, les rapports des personnes et la propriété.

Une théorie funeste, fille de la philosophie de l'utilité, persuade à trop de personnes que le législateur, dans sa toute-puissance, peut décréter toute mesure conforme à l'intérêt du plus grand nombre : faux point de départ d'où découlent tant de projets de réforme qui ne respectent rien, qui brisent tous les obstacles, qui froissent toutes les convictions, en vue d'une utilité très-mal entendue. Mais quand cette utilité serait aussi réelle qu'elle est contestable, il y a des choses que le législateur n'a pas le droit de toucher, même pour obtenir le plus grand avantage matériel. De ce nombre sont les rapports de famille et tout ce qui tient à la morale.

C'est surtout par le côté moral que pèchent les nouvelles combinaisons humanitaires. Ceux qui les ont proposées n'ont envisagé qu'une chose, le bien-

être matériel. Ils ont été souvent inspirés sans doute par un sentiment de sympathie pour leurs semblables, dont ils ont vu la partie la plus nombreuse en proie à la misère. Ils ont cru dès-lors permis de tout tenter et de tout sacrifier pour que l'humanité fût mieux vêtue, mieux chauffée et mieux nourrie. Mais si l'homme a besoin de pain sur cette terre, n'a-t-il donc besoin que de cela ? En manque-t-il absolument dans notre organisation sociale? Et s'il en manque quelquefois, est-ce à la famille et à la propriété qu'en est la faute? Ou n'est-ce pas plutôt à l'homme lui-même, à son imprévoyance, à ses vices, à l'excès peut-être de l'industrialisme et de la civilisation? Serait-on plus heureux dans le pêle-mêle d'un phalanstère, s'il n'y avait plus ni propriété ni mariage? Le monde qui ne reposerait pas sur ces deux arcs-boutants, ne tomberait-il pas en dissolution? C'est ce qui reste maintenant à examiner.

§ II.

Réfutation par les Faits.

Rien n'est facile comme de s'engager dans les vastes perspectives de la science sociale. L'esprit s'élève alors à des hauteurs de conceptions où les obstacles disparaissent, où les objections retombent impuissantes sur elles-mêmes, où des combinaisons magnifiques se développent dans le vide, sans limites comme sans point d'appui. Alors s'engage entre la

foi et l'incrédulité une lutte qui peut durer éternellement. Mais si les théories sont faciles, elles glissent facilement aussi sur la couche épaisse des opinions arrêtées. La société n'écoute pas toujours les discours des philosophes; au contraire, les essais réalisés viennent s'implanter d'eux-mêmes au milieu des hommes, qui ne dénient jamais les bons résultats obtenus. Voyons donc ce que nous apprendront les tentatives de réforme qui ont eu lieu à plusieurs époques: car ce n'est pas d'aujourd'hui, comme on l'a pu voir, que datent les prétentions de reconstruire la société.

Les premiers et les plus heureux des réformateurs furent les fondateurs d'ordres monastiques : ils réalisèrent dans leurs retraites le travail en commun, la fraternité évangélique et la suppression de la propriété. Mais ils n'y parvinrent qu'à l'aide du sentiment religieux, et en détachant les hommes de la famille. Ils ne prétendirent jamais, du reste, agir sur la société en masse, mais seulement sur quelques ames d'élite, puisque la première de leurs règles était celle du célibat.

Les frères Moraves sont aux monastères ce que la religion protestante est au catholicisme. Leurs maisons, répandues dans les deux hémisphères, où elles portent les noms bibliques de Bethléem, de Génésareth, de Mont-Liban, présentent des communautés de familles entre qui tout est commun. Chaque frère exerce une industrie; mais à sa mort, ce ne sont pas ses enfants qui héritent, c'est la communauté. La

jeunesse reçoit une éducation commune; les mariages se décident par la seule convenance, et jamais par des motifs d'intérêt. Tous les métiers sont exercés dans ces maisons, où règne l'égalité la plus complète. Un maître, élu par tous les frères, dirige l'administration générale, et une maîtresse, qui ne peut pas être sa femme, est chargée de la surintendance des soins domestiques. Les repas se prennent en commun[1].

Mais il faut remarquer que ces communautés sont animées d'un zèle religieux très-fervent qui fait le principe de leur force; qu'elles reposent sur une association purement volontaire, gage de ce zèle lui-même; qu'avec tout cela, elles ne sont pas en voie de progrès; que plusieurs d'entre elles souffrirent de luttes intestines, et que les frères finirent par s'en retirer dans un profond découragement[2].

Une expérience a été pratiquée sur une plus grande échelle dans les missions du Paraguay, qui comptèrent deux siècles d'existence, sans propriété privée et sous le régime du travail en commun. On sait les éloges qui leur furent donnés par les philosophes du siècle dernier, et entre autres par le sceptique Raynal, qui les proclamait le plus bel édifice du Nouveau-Monde[3]. Cet exemple serait sans doute le

[1] Reybaud, *Etudes sur les Réformateurs*, t. I, p. 29.

[2] Larochefoucault-Liancourt, *Voyage aux Etats-Unis*, t. VII, p. 13 et 18.

[3] Raynal, *Hist. philos.*, t. IV, liv. VIII. Cet exemple est aussi celui qu'a cité Hugo dans son *Droit de la Nature*, pour prouver que la propriété n'est pas indispensable dans l'état de société.

plus convainquant, si les effets eussent répondu à ces éloges. Malheureusement, voici le tableau qu'a tracé de ces établissements un écrivain qui s'était donné la peine de lire les écrits des voyageurs :

« Les hommes soumis au régime de la communauté de travaux et de biens ne manifestent aucun genre d'activité physique ou intellectuelle. Ils se portent au travail avec une telle nonchalance, que soixante ou soixante-dix d'entre eux ne font pas plus de travail que huit ou dix de nos ouvriers d'une activité médiocre. Ils joignent la mal-propreté à la paresse, et ne portent d'intérêt à rien ; il leur importe peu que les chefs des missions les élèvent à une dignité ou les en fassent descendre. La vie même ne leur inspire aucun attachement ; ils ne se plaignent point quand ils souffrent. Ils meurent sans inspirer ni éprouver de regrets. Ils sont si loin de mettre à rien la moindre importance, que les femmes ignorent la chasteté, comme les hommes la jalousie ; ils semblent n'avoir pas assez de vie pour se propager. Ils ne sont pas moins indifférents pour une vie à venir que pour ce qui existe dans ce monde.

« Depuis près de trois siècles qu'on cherche à » donner à cette misérable espèce d'hommes quel- » que idée du juste et de l'injuste, dit Depons, on n'a » pu obtenir qu'ils respectassent la propriété d'au- » trui, lorsqu'ils peuvent la ravir ; qu'ils ne fussent » pas dans un état continuel d'ivresse, lorsque la » boisson ne leur manque pas ; qu'ils ne commissent » point d'inceste, lorsqu'ils en ont l'occasion ; qu'ils

» ne fussent pas menteurs et parjures, lorsque le » mensonge et la violation du serment doivent leur » être profitables; qu'ils se livrassent au travail, » lorsque la faim du moment ne les y oblige pas. »

» Leurs facultés intellectuelles sont aussi peu développées que leurs facultés morales. S'ils étaient moins paresseux et moins indifférents sur tout ce qui les environne, ils auraient plus d'analogie avec les abeilles et les castors qu'avec des hommes. Ils cultivent tous les mêmes plantes, rangent leurs cabanes de la même manière, se nourrissent des mêmes aliments, travaillent le même nombre d'heures, se livrent aux mêmes pratiques. Leur industrie se borne à cultiver quelques végétaux et à fabriquer la toile grossière qui leur sert de vêtement; ils ignorent les arts qui sont les plus usuels parmi nous. Ils sont d'une telle stupidité, que leur curiosité n'est pas excitée même par les spectacles les plus inaccoutumés, et que, suivant l'opinion même des missionnaires, ils meurent dans l'âge le plus avancé sans être jamais sortis de l'enfance[1]. »

Cette peinture, faite par un écrivain sérieux, d'après les témoignages d'Ulloa, de Bougainville, d'Azara, de Lapérouse, de Humboldt et de plusieurs autres témoins oculaires, est de nature à dissiper les illusions des ennemis de la propriété privée. Le régime qui l'abolirait, plongerait inévitablement un peuple dans l'abrutissement dont on vient de retracer le tableau.

[1] Comte, *Traité de Législation*, t. IV, p. 475.

A une époque tout-à-fait contemporaine, les saint-simoniens tentèrent quelques essais de leur système, quoique en général ils aient plus espéré de la prédication que de la mise en pratique. Ce n'est pas que les nobles dévouements et les sacrifices pécuniaires leur aient manqué. Je ne crois pas cependant que la mairie saint-simonienne ait jamais été organisée. Quatre mille ouvriers environ, affiliés, dit-on, à la foi nouvelle, travaillaient dans des maisons spéciales pour le compte de la communauté, qui se trouva posséder une valeur de 600,000 fr. d'immeubles provenant de donations volontaires. Mais ces ouvriers, attirés par la promesse du bien-être matériel, se montraient nonchalants par cette assurance même. L'indiscipline se glissait parmi eux; ils étaient sans respect pour la hiérarchie. Le bien-être promis ne se réalisant pas, ils diminuèrent de jour en jour. Vers l'année 1831, la discorde éclata entre les deux chefs de la religion, MM. Bazard et Enfantin. Le rôle assigné à la femme dans la société future en était l'occasion. M. Enfantin, abandonné de son coopérateur, puis bientôt de ses autres disciples de quelque valeur, qui protestèrent contre l'immoralité de ses doctrines, objet lui-même de poursuites judiciaires pour le même motif, se retira dans sa maison patrimoniale de Ménilmontant, d'où le saint-simonisme ne sortit que pour venir expirer sous un arrêt de condamnation de la Cour d'assises.

Robert Owen poursuivit avec plus de ténacité la réalisation de ses plans, pendant près d'un demi-

siècle. Après avoir obtenu de grands succès à New-Lanark, village manufacturier d'Ecosse qu'il dirigeait, et où il fit une fortune de plusieurs millions, il conçut le projet de fonder une société complètement dans ses idées. New-Lanark n'avait été qu'un établissement industriel parfaitement conduit, où des réformes heureuses avaient été pratiquées dans les habitudes de la classe ouvrière; mais enfin c'était un village régi par les lois anglaises. M. Owen passa en Amérique pour avoir toute liberté dans l'exécution de ses plans. Il acheta, dans l'état d'Indiana, au milieu d'une contrée fertile, trente mille acres de terre où s'éleva la nouvelle colonie de New-Harmony; les populations y furent conviées; elles y affluèrent. Mais soit que les nouveaux colons n'appartinssent pas à la classe la plus morale et la plus laborieuse, soit que l'absence de tout mobile religieux produisît son effet, soit que trop de confiance dans l'avenir leur ôtât l'aiguillon du travail, bientôt des symptômes de désorganisation se manifestèrent. Sous le rapport pécuniaire, la colonie était loin d'être une spéculation avantageuse. Le fondateur, découragé, l'abandonna en se dépouillant de la propriété au profit de ses enfants. Lui-même revint en Europe, toujours confiant dans son système, essayer de le propager par la presse et les *meetings*, en rejetant son insuccès d'Amérique sur les éléments vicieux dont il avait été forcé d'accepter le concours. Vers l'année 1827, un nouvel essai de société coopérative fut tenté à Oobiston, près d'Edimbourg, sous la direction d'un

des disciples du maître; mais cet essai ne fut pas prospère. L'homme habile qui le dirigeait étant venu à mourir, l'établissement ne lui survécut pas. Depuis ce temps, M. Owen, quoique sans perdre la foi dans ses idées, qu'il a cherché sans cesse à répandre par la prédication et par les publications périodiques, au prix des plus grands sacrifices pécuniaires, n'a pas, du moins, fait de nouvelles tentatives pour réaliser ses plans.

Les fouriéristes, à leur tour, se sont mis à l'œuvre. Une expérimentation sur une grande échelle a eu lieu tout récemment dans le département de la Côte-d'Or.

M. Arthur Young acheta, en 1841, pour une somme de quinze cent mille francs, l'ancienne abbaye de Cîteaux et le domaine qui en dépendait. Il jeta les bases d'une société qui admettait deux sortes de souscripteurs, les uns simples capitalistes-commanditaires, les autres sociétaires-travailleurs, qui devaient peupler le phalanstère. Les bénéfices devaient se répartir entre eux d'après la formule de Fourier, c'est-à-dire un tiers pour les capitalistes, deux tiers pour les travailleurs, qui, dans tous les cas, avaient droit à un *minimum* consistant dans la nourriture, le logement et l'entretien de leurs familles. L'appel fait aux populations locales échoua complètement. Il en fut de même de celui fait aux capitalistes. M. Young recruta au loin cent quatre-vingts collaborateurs avec lesquels il commença l'expérimentation.

Nous devons lui rendre cette justice, qu'il écarta du nouveau phalanstère toutes les idées excentriques ou immorales reprochées à Fourier. Il se montra même sévère sur le respect du lien conjugal et sur les devoirs des enfants envers leurs parents. Les sociétaires étaient conviés à remplir les pratiques de leur religion; les prêtres du voisinage visitaient l'établissement, où ils recevaient le meilleur accueil. Sous d'autres rapports, la pensée fouriériste se trahissait évidemment dans l'organisation du travail, dans le fractionnement des groupes et des sous-groupes appliqués à l'exercice des diverses industries, dans la part attribuée aux arts, tels que la peinture et la musique, dans la cuisine en commun, et enfin dans l'éducation donnée à l'enfance. C'était, en un mot, un phalanstère amendé, mais amendé dans un sens qui devait augmenter plutôt que diminuer les chances de sa durée.

Voici, maintenant, ce qui arriva : aucun capital ne vint en aide au fondateur. Le nombre des peintres, des ébénistes et des autres industriels étant beaucoup plus considérable que celui des laboureurs, il fallut louer des ouvriers pour exécuter les travaux des champs; on s'aperçut bientôt que les produits du domaine étaient insuffisants pour couvrir même le *minimum* assuré à chaque sociétaire à titre d'entretien. Le *minimum* fut réduit, en même temps que la proportion du travail exigé fut augmentée. Dès-lors la désertion commença. Aujourd'hui, après des pertes pécuniaires énormes, l'établissement est désert, et la société en pleine dissolution.

Le génie matérialiste du siècle dut triompher un moment en organisant un phalanstère dans l'antique abbatiale de Cîteaux; mais le génie religieux prit à son tour sa revanche en voyant les efforts de son rival aboutir au plus complet avortement.

Il arriva là ce qui était arrivé ailleurs, et ce qui arrivera partout. Le fondateur se plaignit de n'avoir pas été convenablement secondé. Il est vrai que les populations morales et laborieuses s'étaient tenues à l'écart, sans hostilité, mais dans la plus entière indifférence. Que faut-il conclure de là? Que les populations morales et laborieuses n'ont pas de propension pour les réformes; qu'elles ne sont point si malheureuses dans la société actuelle; qu'elles y trouvent des moyens d'existence, et qu'elles aiment mieux, sur cela, s'en rapporter à elles-mêmes qu'à autrui. Ceux qui se rendent à l'appel des utopistes, ce sont, au contraire, les hommes qui ont des raisons pour compter sur le travail des autres plutôt que sur le leur. Ces classes-là sont précisément celles qu'il y aurait du mérite à réformer; mais, malgré la science économique et les bonnes intentions des promoteurs de systèmes, malgré leur dévouement infatigable, malgré leurs sacrifices pécuniaires, on a vu comment leurs tentatives avaient réussi.

Le matérialisme, que l'égoïsme inspire, ne peut spéculer que sur les subsistances, le chauffage, la main-d'œuvre, la production brute en un mot. Quand il a disposé ses moyens d'action vers ce but, il s'imagine qu'une société nouvelle existe, et qu'il n'y a

qu'à lui commander de se mouvoir. Mais ce fantôme de société donne à peine quelques mouvements saccadés, et tombe en dissolution. C'est qu'il lui manque quelque chose d'essentiel, et ce quelque chose, c'est la vie. Or, la vie des sociétés n'est pas un peu plus ou un peu moins de bien-être : c'est la religion, c'est le droit, c'est le devoir, c'est l'ambition de chacun contenue par le respect de la personnalité d'autrui, c'est l'émulation féconde qui en résulte, ce sont tous ces ressorts admirables qui se balancent, mais qu'il ne faut pas détruire, comme tendent à le faire toutes ces théories si malheureuses dans leurs essais.

CHAPITRE V.

Des Droits compris dans la Propriété.

Après avoir démontré la nécessité de la propriété, il est temps d'étudier ce droit en lui-même.

La propriété est le droit appartenant à un homme, sous les limitations établies par la loi, de jouir d'une chose et d'en disposer préférablement à tout autre.

Les auteurs ont beaucoup discuté sur la définition de la propriété, sans parvenir à en présenter une qui fût pleinement satisfaisante [1]. J'en dirais autant de la division ordinaire des trois éléments du do-

[1] Les Romains définissaient la propriété *jus utendi et abutendi*. — Pufendorff la définit : « un droit en vertu duquel la

maine : *jus fruendi, jus utendi,* et *jus abutendi*, dont le premier, suivant les Romains, donnait le droit de percevoir les produits périodiques de la chose ; le second, d'en tirer les avantages qui ne sont pas des produits ; et le troisième, celui de la détruire. Les idées suivantes me semblent plus rationnelles.

La propriété donne le droit de disposer de la manière la plus absolue, sous les seules restrictions imposées par la loi dans un intérêt général, ou résultant, en faveur d'un particulier, d'une concession volontaire du propriétaire.

Elle est un droit *réel*, c'est-à-dire un droit absolu dans la chose, que toute la société doit respecter, que le propriétaire peut poursuivre par conséquent contre tout individu qui détient sa chose, indépendamment de tout engagement préexistant.

Là où je trouve ma chose, je m'en empare, et personne n'y a droit que moi. C'est sans doute la raison pour laquelle on est porté naturellement à regarder la propriété comme quelque chose de corporel, parce que l'on confond le droit lui-même avec l'objet sur lequel il repose. Mais, à bien dire, le champ que j'appelle mien, a servi à mille autres avant moi, et il

fonds et la substance de la chose appartient à quelqu'un, de telle sorte qu'elle n'appartienne à aucun autre, du moins entièrement et de la même manière » (liv. IV, ch. IV, n° 2) ; — Bentham : « Une attente établie dans la persuasion de pouvoir retirer tel ou tel avantage de la chose, selon la nature du cas » (t. I, p. 196). D'après cela, le matelot serait propriétaire du vent, et il n'y aurait plus de différence entre le droit de propriété et les simples créances.

servira à mille autres après moi. Ce qui m'appartient n'est donc pas le champ lui-même, mais le droit qui me permet d'en retirer certains avantages pendant un temps donné.

Quant aux droits contenus dans la propriété, il faut distinguer le droit de jouir, du droit de disposer: le premier comprend tous les actes permis au propriétaire pendant qu'il est propriétaire; le second comprend tous ceux par lesquels il cesse de l'être.

Droit de jouir.—J'appelle droit de jouir, celui qui porte sur tous les avantages que la chose peut procurer, soit qu'il s'agisse de produits périodiques, tels que les moissons, ou de produits non périodiques, tels que les futaies et les pierres des carrières; soit qu'il s'agisse d'un simple usage de la chose, comme celui qu'on retire d'une maison, d'un cheval, d'une montre ou d'un livre. Quelle que soit, en un mot, l'utilité dont cette chose peut être, le seul propriétaire y a droit en règle générale.

Si l'utilité propre de la chose ne peut en être tirée sans la détruire, le fait de cette destruction est encore compris dans le droit de jouissance: car elle n'est faite alors que pour être détruite. C'est ce qui arrive pour le blé, le vin et les denrées, qui se consomment par l'usage même qu'on en fait.

Mais ce droit de jouissance va-t-il jusqu'à l'abus? Le propriétaire peut-il mettre le feu à sa forêt? Peut-il laisser pourrir ses moissons sur pied? Peut-il traire ses vaches sur le sable? Sans doute, la loi pourrait intervenir pour l'en empêcher, comme

elle intervient souvent pour limiter le droit de propriété dans l'intérêt de tous. Et en effet, lorsque tant de malheureux manquent du nécessaire, une pareille action ne saurait être jugée purement indifférente. Mais en fait, la loi n'a pas pris une telle mesure, dans la confiance que l'intérêt du propriétaire le retiendrait suffisamment.

Droit de disposer. — Le droit de disposer est le droit qu'a le propriétaire de transmettre la chose à un autre, soit à titre gratuit, par pur esprit de bienfaisance; soit à titre onéreux, en en recevant l'équivalent.

Il peut paraître d'abord irrationnel qu'un homme qui n'aurait sur la chose, en la conservant, qu'une jouissance bornée au plus à sa vie, puisse concéder un droit perpétuel sur cette même chose en l'aliénant. Cela s'explique cependant par le défaut de droit des hommes en général sur les biens qui ne sont pas en leur possession. Par cela seul que l'acquéreur a obtenu cette possession du précédent propriétaire, il est préférable à tous ceux qui ne l'ont pas.

Mais de ce que le propriétaire peut aliéner, on ne doit pas conclure, comme on le fait ordinairement, qu'il peut disposer à perpétuité de sa chose, y imposer des servitudes, la grever de redevances, changer l'ordre de succession par des substitutions, défendre de bâtir ou de défricher : comme si le caprice d'un mourant pouvait atteindre aux dernières limites de l'avenir! L'intérêt des générations futures ne peut pas être enchaîné par l'arrêt plus ou moins réfléchi d'un homme. De droit naturel, les

stipulations ne devraient avoir d'effet que pendant la vie de ceux qui les ont formées. Si elles continuent d'obliger leurs successeurs, c'est par le secours du droit civil; mais alors la loi civile est maîtresse d'y apposer des limites. Il serait à désirer qu'elle eût fixé un terme au-delà duquel les charges et conditions qui grèvent la propriété par le fait des précédents propriétaires cesseraient d'obliger les détenteurs.

CHAPITRE VI.

Des Limitations de la Propriété par la Loi.

Les droits les plus sacrés se trouvent limités, dans l'état social, par la subordination de l'intérêt de chacun à l'intérêt de tous. Il n'est pas de droit plus naturel à l'homme que le droit de locomotion; et cependant il se trouve restreint par la loi qui assujettit les citoyens à se munir d'un passe-port. De même, la loi appose des limites à l'exercice du droit de propriété, dont elle va quelquefois jusqu'à réclamer le sacrifice.

Les atteintes que la loi porte ainsi à la propriété, dérivent tantôt de l'intérêt public, tantôt d'un délit imputable au propriétaire. Nous nous contenterons d'examiner les hypothèses suivantes :

1° *Expropriation pour cause d'utilité publique.* Dans le droit de la nature, un homme ou un nombre

d'hommes quelconque n'auraient pas le droit d'en déposséder un autre sous prétexte qu'ils ont à tirer un grand avantage de cette dépossession. Le droit de la nature ne commande rien de plus que de ne pas nuire à autrui ; il n'ordonne à personne de sacrifier la moindre partie de son bien-être pour rendre un service. L'état de société, au contraire, ne repose que sur des sacrifices réciproques combinés dans le sens du plus grand avantage commun. Chacun doit donc renoncer à sa propriété, quand l'intérêt général réclame ce sacrifice.

Il le doit d'autant mieux que, dans l'état de civilisation, une propriété consiste moins dans un objet matériel que dans ce qui met le propriétaire à même de jouir d'un certain revenu ou de se procurer une certaine somme de jouissances. Lorsqu'on lui paie largement ce que vaut le bien qu'on lui prend, il ne peut pas se dire spolié; mais ce qui serait injuste, ce serait de le déposséder sans indemnité, comme cela se pratiquait dans notre ancienne jurisprudence.

Il y a plus : nos lois ne prévoient que l'expropriation des immeubles, parce que c'est celle qui suscite le plus de difficultés. Mais il y a les mêmes raisons pour soumettre aussi les choses mobilières à l'expropriation pour cause d'utilité publique. Il peut être urgent quelquefois pour l'état de s'emparer d'une invention nouvelle, et l'on ne doit pas douter que les chambres ne pussent, dans ce cas, faire acte de souveraineté nationale, d'après l'article 9 de la Charte, en attribuant une indemnité préalable au propriétaire.

2° *Interdiction de certains actes de jouissance.* — Le propriétaire d'une forêt ne peut pas la défricher, le propriétaire d'un terrain contenant des mines ne peut pas les exploiter, sans l'autorisation du gouvernement. Dans le premier cas, il y aurait péril que l'appât de capter un lucre immédiat ne déboisât le sol, au risque de faire tarir les sources, et de priver le pays de ses richesses combustibles. Dans le second cas, il y aurait également à craindre que les ressources métallurgiques, si importantes à l'industrie nationale, ne fussent gaspillées par une direction mal-habile. Dans un cas comme dans l'autre, c'est toujours l'intérêt général qui domine l'intérêt privé.

3° *Etablissement de certaines servitudes.* — Ainsi, tout propriétaire doit prester un passage à celui dont l'héritage est enclavé, moyennant un juste dédommagement. Il y aurait des raisons tout aussi fortes pour ériger le droit d'aqueduc en servitude légale, afin de donner à un propriétaire la faculté de dériver sur lui, en traversant les fonds voisins, les eaux qui sont si nécessaires aux améliorations agricoles, et par-là même à la prospérité du pays. On peut également citer ici l'obligation de vendre la mitoyenneté, celle de contribuer aux frais de clôture entre héritages limitrophes dans les villes et villages, et beaucoup d'autres.

4° *Les impôts.* — Dans un autre sens, c'est encore une limitation du droit de propriété, que les impôts perçus par l'état pour faire marcher les rouages

de cette machine si compliquée qu'on appelle le gouvernement. Ces impôts se mesurent nécessairement à la fortune de chacun, parce qu'ils doivent être proportionnels à la protection que la force sociale lui prête.

5° *Les amendes et les confiscations.*—En vertu d'un autre principe, qui n'est plus celui de l'intérêt public, mais celui d'une peine à infliger, la propriété souffre encore une atteinte par suite des condamnations pénales provoquées par un délit du propriétaire. Les amendes ne sont qu'un moyen d'infliger au délinquant une certaine douleur, différente, dans son mode d'action, des châtiments corporels, mais tendant au même résultat.

La société pouvant prononcer des amendes, il semble qu'elle puisse aussi prononcer la confiscation des biens si le crime est plus grand : et il serait bizarre, en effet, qu'elle eût le droit d'ôter la vie à un criminel, et non de lui ôter ce qu'il possède. Toutefois, les abus qu'on a faits de ce moyen de punir, abus qui seraient surtout à craindre sous certaines formes de gouvernement, joints à ce que c'est une pénalité qui frappe plus encore la famille du condamné que le condamné lui-même, l'ont fait proscrire avec raison par notre loi constitutionnelle [1].

[1] Charte, art. 57.

Les jurisconsultes anglais, pour justifier la confiscation générale, encore admise dans leur pays, allèguent que, la propriété n'étant garantie que par la loi positive, cette garantie cesse quand l'individu cesse lui-même de respecter la loi, le contrat bilatéral

Il n'en est pas de même de la confiscation à titre particulier des objets qui ont servi à consommer un délit. Cette confiscation, prononcée encore dans un grand nombre de cas, paraît difficile à justifier rationnellement, et il pourrait bien se faire qu'elle eût son origine dans l'ancienne habitude de sévir contre les instruments matériels qui avaient servi à la perpétration d'un crime. On confisquait autrefois la roue du chariot qui écrasait un homme, comme on confisque encore aujourd'hui le fusil du chasseur en contravention [1]. Dans la plupart des cas, une simple amende serait plus logique; dans quelques autres, on peut dire que la justice, s'étant emparée des pièces de conviction, les retient comme le gage de la société, qui, sans cela, serait souvent privée de recours contre l'accusé insolvable.

CHAPITRE VII.

De la Limitation de la Propriété par les Droits réels.

Les droits réels créés par la volonté de l'homme, ou dérivant de certaines circonstances que la loi

se trouvant alors rompu. Mais cette explication part d'un faux principe, comme je l'ai prouvé plus haut. Elle présuppose aussi le contrat social, dont l'existence est plus que problématique.

[1] Les Thasiens condamnèrent autrefois à être jetée dans la

détermine, contiennent aussi des limitations de la propriété. De ce nombre sont l'usufruit, l'usage, les servitudes, et quelques autres que nous mentionnerons dans ce chapitre.

On a attaqué la distinction ordinaire de la propriété, de l'usufruit et des autres droits réels, comme étant le résultat d'un mal-entendu. La propriété sans le droit de jouir, a-t-on dit, équivaudrait au néant; et, pour parler rationnellement, il faudrait considérer le propriétaire qui concède un usufruit comme jouissant de la chose d'une certaine manière, et l'usufruitier, pendant la durée de son droit, comme ayant aussi la propriété sous un certain rapport. En sorte qu'ils seraient copropriétaires de la chose, mais avec une copropriété divisée par le temps et par le mode de jouissance [1]. On ne voit pas toutefois que cette théorie l'emporte sur la théorie ordinaire, si ce n'est en changeant la valeur des termes. Nous nous en tiendrons donc aux idées reçues.

§ I.

De l'Usufruit.

L'usufruit, comme l'indique son étymologie (*usus fructus*), comprend l'usage de la chose et le droit

mer la statue de Théagène, qui avait tué un homme en tombant. Aujourd'hui encore, en Angleterre, si un homme monte sur la roue d'un chariot et se tue, la roue est confisquée au profit du roi. Blackstone, liv. I, ch. 8.

[1] Rotteck, tom. I, p. 171. Les jurisconsultes anglais déna-

d'en percevoir les fruits, c'est-à-dire tout l'émolument utile. Par cela seul, il fallait que ce droit ne fût que temporaire ou viager: car autrement il aurait absorbé la propriété devenue un vain titre.

L'usufruit offre au propriétaire un moyen commode de gratifier une personne qui lui est chère, sans priver sa famille d'un patrimoine qu'il désire naturellement lui laisser.

Celui à qui doit revenir la jouissance après la mort de l'usufruitier s'appelle nu-propriétaire. Il y aura naturellement entre ces deux personnes conflit d'intérêt, l'usufruitier pressurant le domaine pendant sa jouissance limitée, le nu-propriétaire le surveillant d'un œil jaloux, puisqu'il doit lui succéder un jour. La loi doit s'attacher à régler clairement leurs droits respectifs.

L'usufruitier a le droit de jouir comme le propriétaire lui-même, mais sans changer la destination de la chose, puisqu'un autre droit repose en survivance sur le sien. On ne devra pas cependant écouter les susceptibilités du propriétaire, toutes les fois que les changements seraient utiles à l'usufruitier, et qu'il serait possible de remettre la chose dans son état primitif à la mort de celui-ci.

C'est à la loi positive à entrer dans les détails, et notamment à déterminer les sûretés que l'usufruitier

turent encore plus le mot de propriété, quand ils disent que le porte-faix qui transporte un fardeau a une *propriété temporaire* dans la chose qui lui est confiée.

devra fournir pour répondre de ses abus de jouissance.

L'usufruit est, quant à sa nature de droit réel, de même essence que la propriété elle-même. L'usufruitier peut donc le réclamer sur la chose, en quelques mains qu'elle ait passé, et même contre les tiers de bonne foi.

§ II.

De l'Usage.

Il semblerait d'abord que l'usage ne dût comprendre que le droit d'user, sans toucher aux fruits. Telle paraît avoir été, en effet, sa signification primitive. Mais depuis long-temps on s'est accoutumé à lui donner un autre sens, en y faisant rentrer tous les avantages qui tombent dans l'usufruit, avec cette seule restriction, que l'usager n'y a droit que dans la limite de ses besoins et de ceux de sa famille.

L'usage est devenu, de cette manière, homogène à l'usufruit quant à sa nature; il n'en diffère que quant à son étendue.

Ainsi l'usager peut habiter les maisons, mais seulement pour la partie qui lui est nécessaire; il a droit au produit des forêts, mais seulement pour son chauffage; il a une part dans les récoltes, c'est celle qu'il peut consommer.

On présume que l'intention de celui qui a constitué l'usage a été que l'usager jouirait par lui-même,

qu'il percevrait et consommerait les produits en nature, qu'il ne pourrait pas en commercer, ni se substituer une autre personne dans sa jouissance. De là, un nouveau caractère de ce droit, qui est l'incessibilité.

A la différence de l'usufruit, l'usage ne peut ni être affermé ni être vendu. Il n'est pas non plus susceptible de l'hypothèque, qui n'est autre chose qu'un principe d'aliénation, puisqu'elle ne procure le paiement du créancier que par la mise en vente de la chose hypothéquée.

§ III.

Des Servitudes.

Il y a *servitude* quand une partie de l'usage d'un fonds a été distraite de la propriété pour être attribuée à un autre propriétaire. C'est ce qui arrive lorsque j'ai le droit de passer, soit à pied, soit avec des voitures, sur l'héritage d'autrui, afin de desservir le mien.

Ces sortes de droits peuvent varier à l'infini, suivant les besoins ou les caprices des hommes. Je pourrai stipuler, par exemple, le droit d'ouvrir des fenêtres sur le terrain d'autrui, celui de posséder une cave sous sa maison, celui d'aller tirer de l'eau à son puits, celui d'extraire de la mine ou de l'argile de ses héritages, celui de me promener dans son parc, de chasser dans ses forêts, etc., etc.

Mais ici vient se placer la question de savoir si la loi doit tolérer toutes les servitudes dont le propriétaire pourra imaginer de grever ses fonds, ou si elle ne doit reconnaître que certaines d'entre elles.

Ce qui donne de l'intérêt à la question, c'est que la servitude est une charge perpétuelle et souvent occulte, qui participe de la nature du droit *réel*, et qui, par conséquent, doit être supportée par tout détenteur de l'immeuble, quel qu'il soit. Elle est par-là même un élément de surprise et de dol dans les conventions, rien n'avertissant l'acheteur que la propriété est grevée d'une charge plus ou moins onéreuse à laquelle il sera plus tard obligé de se soumettre.

On conçoit pourtant que ce danger puisse être écarté par un système de publicité ou d'intabulation, dans lequel on exigerait que toute servitude fût inscrite sur des registres officiels que chacun pourrait consulter.

Quoi qu'il en soit, dans les pays où l'intabulation n'est pas en usage, on a dû se montrer plus difficile à reconnaître comme servitudes perpétuelles tous les droits qu'il plairait à un propriétaire de créer sur ses immeubles; et, de fait, pour qu'une charge soit opposable aux tiers, on exige qu'elle soit constituée au profit d'un fonds, et non pas au profit d'une personne, c'est-à-dire qu'elle profite à l'agriculture ou à la commodité d'une habitation, comme un droit de passage ou de puisage. Mais celle qui ne servirait qu'à l'agrément de la personne, telle que le droit de

chasse ou de promenade, ne serait point considérée comme servitude affectant l'immeuble; elle ne le suivrait pas entre les mains des tiers, quoiqu'elle dût être respectée par celui qui l'aurait constituée ou par ses héritiers.

Au contraire, dans les pays où l'intabulation existe, on voit moins d'intérêt à distinguer entre les charges de diverses natures, puisque, dans tous les cas, le tiers acquéreur, ayant un moyen de les connaître, ne peut être trompé lorsqu'il traite de l'achat d'un fonds.

Pourtant, ne serait-il pas contraire au bien général qu'on pût multiplier à l'infini des concessions perpétuelles sur les immeubles? Quelle gêne il en résulterait dans l'exercice du droit de propriété! Si l'un avait le droit de chasse, l'autre celui de lever la tierce gerbe, un troisième le droit de tirer du sable, un quatrième le droit de glandée, il s'ensuivrait qu'au bout de quelque temps le propriétaire ne pourrait ni se clore, ni construire, ni changer la culture de son héritage. De là, la dépréciation des propriétés, l'impossibilité de les vendre, le découragement à les améliorer, tous ces inconvénients, enfin, qui entraient pour beaucoup autrefois dans la haine que s'attirèrent les redevances féodales.

Il faut conclure de ce qui précède que le parti le plus sage serait de ne déclarer opposables aux tiers que les charges sur la propriété qui auraient été rendues publiques par l'intabulation; — mais aussi d'accorder le caractère de réalité à toutes ces charges

sans distinction, qu'elles aient pour objet l'utilité d'un fonds ou seulement l'agrément de la personne, sauf à permettre au tiers détenteur de se racheter de ces dernières moyennant indemnité.

§ IV.

De l'Emphytéose.

On appelle *emphytéose*[1] la concession d'une jouissance ordinairement très-longue, puisqu'elle peut aller à un siècle. Elle se fait aux conditions suivantes : 1° de défricher, de planter, de construire, ou d'améliorer le terrain, à la charge qu'à l'expiration du temps fixé, le propriétaire profitera de toutes les améliorations; 2° de payer au propriétaire une redevance annuelle, généralement minime, pendant que dure la jouissance.

Le droit de l'emphytéote est plus considérable que celui de l'usufruitier, en ce qu'il n'est point à vie, et en ce qu'il lui confère la faculté de changer la face des lieux et de se comporter à peu de chose près en maître, tant que son droit subsiste. Aussi lui reconnaît-on une participation dans le domaine de l'immeuble; et les jurisconsultes avaient imaginé autrefois le nom de *domaine utile* pour désigner l'espèce

[1] D'ἐμφυτεύω, planter. Ce droit porte un nom grec, parce qu'il prit naissance dans le Bas-Empire. La féodalité s'en empara plus tard, comme moyen d'utiliser les vastes domaines que la conquête attribuait aux vainqueurs.

particulière de droit qui lui appartient, tandis que le concédant gardait ce qu'ils avaient appelé le *domaine direct.*

L'emphytéote a le pouvoir de vendre son droit, de l'affermer, de constituer des servitudes, de faire, en un mot, tous les actes de maître, pourvu qu'il continue à payer la redevance convenue. Mais les droits établis par lui s'évanouissent au terme de sa jouissance.

§ V.

Du Droit de Superficie.

Ce droit a beaucoup d'analogie avec le précédent: car le superficiaire acquiert la faculté de construire ou de planter sur le terrain d'autrui, et il est réputé propriétaire de tout ce qui dépasse la superficie du sol, pendant un temps déterminé, ou même tant que ses constructions subsistent.

CHAPITRE VIII.

Des Modes d'acquérir la Propriété.

On peut énumérer sept modes d'acquérir, qui sont:

1° L'occupation;

2° L'accession;

3° L'invention;

4° La tradition;

5° Les contrats;

6° Les successions;

7° La prescription.

Parmi ces modes, les trois premiers sont des modes d'acquérir purs; les autres sont en même temps des modes de transmettre. Je vais les examiner chacun en particulier.

§ I.

De l'Occupation.

L'occupation consiste dans la prise de possession des choses sans maître.

L'homme a le droit de s'approprier, pour sa subsistance et ses besoins, les biens qui n'appartiennent à personne. Non-seulement il peut s'emparer de ce qui est nécessaire à la satisfaction de ses appétits immédiats; mais, comme il est raisonnable et prévoyant, il doit aussi s'assurer pour l'avenir. Tel est le fondement de l'occupation.

Dans l'origine, lorsque les hommes étaient peu nombreux sur la terre habitable, on dit que c'est par l'occupation que toute propriété commença. Ce qu'il y a de certain, c'est que plus on avance dans la civilisation, moins il se trouve de choses sans maître, et par conséquent plus ce mode d'acquérir perd de son importance. Cependant il s'applique encore aux animaux sauvages, aux poissons qui peuplent la

mer ou les rivières, aux herbages, aux coquillages ou aux pierres précieuses, et aux autres choses pareilles.

§ II.

De l'Accession.

Le principe que l'*accessoire suit le principal*, est fondé sur le droit naturel, quand on le renferme dans de certaines limites; mais souvent la loi positive s'en empare pour lui faire produire des conséquences auxquelles l'équité seule n'aurait pas conduit.

Il est de droit naturel que le maître de la chose principale soit déclaré propriétaire de l'accessoire qui s'y est uni ou incorporé, lorsqu'il n'est pas possible de reconnaître à qui la chose accessoire appartenait auparavant. C'est ainsi que je puis revendiquer la propriété du fruit qui naît sur mon arbre, de la récolte produite par mon champ, du lait ou de la laine de mes troupeaux, de l'alluvion même qui agrandit ma propriété riveraine d'un fleuve. Dans tous ces cas, il est impossible de dire d'où viennent les particules qui ont augmenté ma chose; et le produit qu'elle a donné, l'augmentation qu'elle a reçue, ne peuvent appartenir qu'à moi.

Quand la loi est allée plus loin, quand elle a voulu appliquer l'accession à des combinaisons artificielles, par exemple à l'ouvrage du tisserand qui emploie la laine d'autrui pour faire une étoffe, à ce-

lui du peintre qui exécute un tableau sur une toile qui ne lui appartient pas, ou du pharmacien qui mélange diverses drogues pour confectionner un médicament; quand elle a prétendu, dans tous ces cas, faire prédominer la matière ou la main-d'œuvre; on sent qu'elle n'a pu établir que des règles arbitraires. L'accession, à vrai dire, n'a plus été ici qu'un prête-nom pour sortir d'embarras: car, dans la réalité, on ne peut la concevoir entre des objets aussi dissemblables que la matière, chose corporelle, et la main-d'œuvre ou la forme, chose incorporelle.

Toute règle générale tracée par le législateur faillira par quelque endroit. Dira-t-on que c'est la matière qui l'emporte? Mais voilà un peintre qui s'est servi de la toile de celui-ci, des couleurs de celui-là, de l'huile d'un troisième individu. Quel est celui qui aura le tableau? — Direz-vous que la matière suit la main-d'œuvre? Mais pourquoi dépendrait-il d'un bijoutier de me priver de mon diamant, en l'incorporant dans un bijou sans ma permission?

A proprement parler, il n'y a point ici d'accession. De droit naturel, le maître de la chose n'a pu en être privé sans son consentement: on devrait donc l'admettre à se la faire rendre, en quelque état qu'elle fût. Mais ce serait le *summum jus, summa injuria*, surtout lorsque sa chose était vile, qu'on peut facilement lui en procurer une de même espèce, et que, dans son dernier état, elle a reçu du travail de l'ouvrier une grande valeur. C'est un de ces cas où

la loi demande le sacrifice de la propriété dans l'intérêt de la justice, moyennant indemnité.

En ces matières, on fera bien de ne rien décider *a priori*, mais d'abandonner aux juges le soin d'estimer en équité si c'est au maître de la matière ou au spécificateur que l'objet confectionné doit appartenir, sauf dédommagement de part et d'autre.

§ III.

De l'Invention.

Ce mode d'acquérir s'applique uniquement aux trésors.

Il a toujours paru assez difficile de déterminer à qui doit appartenir la propriété de ces sortes de biens.

Tantôt la loi attribue le trésor au propriétaire du fonds dans lequel il est découvert, l'assimilant en quelque sorte à un produit du sol et lui appliquant les règles de l'accession[1].

Tantôt elle l'adjuge au seigneur foncier ou au prince, à titre d'épave[2].

Ici, elle le partage entre le propriétaire et l'inven-

[1] C'est ce que décide le Code civil russe, art. 269.

[2] Telle était la décision de presque toutes nos anciennes Coutumes; et encore aujourd'hui, en Angleterre, le trésor est attribué au roi. Blackstone, liv. I, ch. 8, n° 13.

teur[1], ou bien entre le propriétaire, l'inventeur et le souverain[2].

Aucun de ces systèmes n'est parfaitement rationnel. Et d'abord, quant au propriétaire du sol, il lui serait difficile de justifier son droit : car le trésor ne forme pas une partie de son héritage; il n'en est pas non plus un produit. Dans la réalité, le propriétaire n'y a pas plus de droit qu'à un objet précieux qu'on aurait oublié ou laissé tomber sur son terrain.

La prétention du souverain se légitime plus mal encore, soit qu'il prenne le tout, soit qu'il se contente d'une partie. Est-ce un impôt qu'il prélève sur un don de la fortune? Mais cet impôt sera trop rare pour qu'il soit utile. Veut-il s'emparer du trésor en vertu du principe que le suzerain a droit sur les choses sans maître? Mais ce droit demanderait lui-même à être justifié[3].

Quant aux législations qui partagent le trésor entre plusieurs personnes, elles ne font que consacrer une transaction qui témoigne de la difficulté de préférer un système à l'autre.

Un trésor est un dépôt d'objets précieux dont le maître n'est plus connu. Or, il importe peu en droit

[1] Une loi d'Adrien l'avait ainsi établi chez les Romains. INSTIT., *de Div. Rer.*, § 39.

[2] *Sic* Code autrichien, art. 399.

[3] Dire : Je suis le souverain, donc j'ai droit au trésor que Pierre a trouvé sur le terrain de Paul; c'est faire un argument du genre de ceux qu'on appelait autrefois dans l'école : *Baculus stat in angulo, ergo pluit;* ou bien encore, c'est imiter le juge qui mange l'huître pour mettre d'accord les plaideurs.

qu'une chose ne soit à personne ou que personne ne puisse justifier de sa propriété sur elle. Dans un cas comme dans l'autre, elle doit être réputée chose sans maître, et, comme telle, être acquise au premier occupant.

Je crois, en effet, qu'il serait plus logique d'accorder le trésor en totalité à l'inventeur.

§ IV.

De la Tradition.

On entend par *tradition* la translation de la possession de la chose à l'acquéreur.

Souvent la tradition est un moyen de transmettre la propriété, et quelquefois même elle est indispensable pour cela, comme dans les obligations de genre : lorsqu'il m'est dû mille francs ou cent mesures de blé, il faut la tradition pour me rendre propriétaire.

Mais doit-on considérer comme rationnelle la règle du droit romain, suivie chez tous les peuples anciens, conservée encore chez beaucoup de peuples modernes, d'après laquelle la tradition est nécessaire dans tous les cas pour transporter la propriété ?

D'après cette règle, la vente, la donation et tous les contrats sont radicalement incapables de transférer le domaine des choses. Il n'en résulte au profit de l'acquéreur qu'un droit personnel pour demander la tradition; mais il ne devient propriétaire que par

cette tradition, et jusque là il n'a aucun droit réel dans la chose[1].

Sur quoi reposait ce principe fondamental? Les Romains le trouvaient apparemment si naturel, qu'ils n'en ont jamais exprimé la raison. Peut-être reposait-il sur la confusion que font les peuples primitifs entre le droit de propriété et le corps sur lequel il s'exerce[2]. Peut-être pensait-on que jusqu'à la tradition, tant que le vendeur restait nanti de sa chose, il était juste qu'il passât encore pour propriétaire aux yeux de la société, à qui le contrat restait inconnu. La tradition était, de cette manière, le moyen de rendre publique la translation de la propriété, en présence d'un certain nombre de témoins. Et l'on ne peut douter que ce ne fût son but, au moins dans le moyen âge, quand elle se faisait par la remise de quelque objet symbolique[3].

[1] Tel était le droit hébraïque. Selden, *de Jur. nat.*, c. v, p. 720. Sur la tradition par le soulier, v. Ruth, iv, 7. — Encore aujourd'hui, chez les Anglais, il faut la *livery of seizin* pour devenir propriétaire des immeubles. Blackstone, l. ii, ch. 10, n° 5.

[2] Capitelli, *Scienza del Diritto*, p. 231.

[3] Le passage suivant, extrait des coutumes de la Scanie au xiie siècle, le démontre clairement :

In venditione terrarum, ad probationem dominii est necesse ut interveniat quædam solemnitas in quâ terræ modicum, emptoris pallio extento manibus assistentium, qui, si factum revocetur in dubium, perhibere testimonium possunt veritati, apponit venditor, qui designatam terram quam distrahit, in emptorem ipsius se transferre dominium profitetur. Kolderup, Histoire du Droit danois, p. 33.

Quoi qu'il en soit, la plupart des philosophes avaient déjà proclamé depuis long-temps l'inutilité de la tradition pour transférer la propriété, lorsque le Code civil consacra législativement leur opinion. Mais elle n'est pas acceptée même aujourd'hui par tous; et M. de Rotteck, en particulier, a défendu le système ancien comme le seul conforme au droit naturel, par plusieurs arguments que je vais reproduire, en essayant d'y répondre [1].

1° La propriété, qui consiste dans l'union réelle d'une chose avec la personnalité de l'homme, ne peut pas résulter d'une simple convention. — Cela dépend de savoir ce qu'on entend par *union réelle*. Si l'on veut dire *union matérielle*, alors on confond la propriété et la possession; et en effet M. de Rotteck les confond presque dans sa doctrine. Mais si la propriété n'est qu'un rapport métaphysique, c'est-à-dire un droit, ce droit peut se créer sans aucun acte matériel de prise de possession.

2° Si la propriété est transportée par le contrat, l'exécution du contrat résulte de sa formation même; et alors, si le vendeur est tenu de livrer la chose, ce n'est plus comme vendeur, mais comme détenteur de la chose d'autrui. Or la raison distingue entre ces deux hypothèses. — Cela est vrai: il y a en effet cette différence, que le possesseur n'est tenu que comme possesseur; tandis que le vendeur est tenu de livrer d'abord comme possesseur, puis encore

[1] V. Rotteck, *Droit de la Raison*, t. I, n° 39.

parce qu'il s'y est engagé par le contrat de vente. Il est donc, sans aucun doute, astreint plus rigoureusement.

3° Si la propriété est transportée à l'acheteur *solo consensu,* il devra supporter la perte de la chose arrivée par cas fortuit avant la livraison, ce qui n'est pas juste. — Mais il faudrait commencer par prouver que cela n'est pas juste; le droit romain et notre droit l'ordonnent ainsi : ne serait-ce pas vouloir démontrer *incertum per incertius?*

4° Enfin, supposez, dit-on, que la même chose ait été vendue à dix personnes en même temps, peut-être par divers mandataires: il y aurait donc alors dix propriétaires de la même chose. — Le système de la tradition a peu de secours à tirer de suppositions aussi forcées. Ces mandataires se seront-ils donné le mot pour vendre à la même heure, montre en main? S'ils n'ont pas vendu au même instant précis, alors il n'y a plus que difficulté pour constater qui a traité le premier, et cette difficulté de fait peut aussi bien s'élever pour savoir qui a le premier reçu la tradition.

Je crois, en définitive, qu'il y avait du matérialisme dans la doctrine ancienne, et qu'elle ne reposait que sur une confusion grossière du fait et du droit. La simple volonté peut parfaitement transporter la propriété, suivant le droit naturel; mais cela n'exclut pas toutefois la question de savoir si, dans l'intérêt de la sûreté des relations, il ne convient pas de donner une certaine publicité aux actes

d'aliénation, pour prévenir les fraudes et les surprises.

§ V.

Des Contrats.

D'après ce qu'on vient de lire, on doit considérer les contrats comme propres à transférer immédiatement le domaine des choses, par le seul effet de la volonté du propriétaire et de celui qui fait l'acquisition [1].

§ VI.

Des Successions.

La propriété se transmet encore par les successions, soit légitimes, soit testamentaires. Mais ce mode d'acquérir est si important, que j'ai dû y consacrer une division spéciale de cet ouvrage, où je discuterai notamment si les successions sont de droit naturel ou de droit positif.

§ VII.

De la Prescription.

Ce serait naturellement ici le lieu de traiter de la prescription, qui est un des principaux modes d'ac-

[1] Les contrats peuvent être envisagés aussi comme étant la principale source des obligations. Il en sera traité plus tard sous ce dernier rapport.

quérir la propriété. Mais, comme elle est en même temps un moyen d'éteindre les créances, j'aurais été dans la nécessité de m'en occuper sous ce dernier point de vue en traitant des obligations. Plutôt que de scinder cette matière, il m'a paru convenable d'en faire l'objet d'un chapitre spécial que l'on trouvera à la fin du présent volume.

CHAPITRE IX.

Des Actions destinées à protéger la propriété, ou de la Revendication.

On appelle *revendication*, en droit, l'action par laquelle le propriétaire demande à la justice de constater son droit de propriété sur une chose, et d'ordonner à celui qui la détient de la lui restituer.

La première question qui se présente est de savoir si la revendication a lieu aussi bien contre le possesseur de bonne foi que contre le possesseur de mauvaise foi. Quelque singulier que puisse paraître l'énoncé même de la question, il y a des auteurs qui ont enseigné que le propriétaire était destitué de toute action contre le possesseur de bonne foi, dans le droit naturel.

« La question de savoir s'il y a une *rei vindicatio* dans le droit de la nature, a dit M. de Rotteck, est facile à résoudre. Elle existe, et même avec dommages-intérêts, contre le possesseur illégitime;

mais elle n'existe pas contre le possesseur de bonne foi. *Entre la possession légale et la propriété, le droit naturel n'établit que peu de différence;* et en fait, le propriétaire prétendu ne peut guère prouver autre chose que sa possession régulière. Entre deux personnes qui ont le même droit, la dernière (qui se trouve actuellement en possession) mérite la préférence. Lui enlever la chose pour la remettre à un possesseur antérieur, serait difficile à justifier, même quand les circonstances seraient les mêmes de part et d'autre. Or l'ancien possesseur doit s'imputer sa négligence, ou tout au moins il souffre d'un malheur qui lui est personnel, et dont le tiers acquéreur de bonne foi n'est pas responsable. *Dans tous les cas, le premier possesseur devrait tenir compte au second des déboursés de son acquisition* et des améliorations qu'il a faites, ce qui rendrait la revendication inutile pour lui en thèse ordinaire[1]. »

Si l'on a lu avec attention ce qui précède, on a pu remarquer que tout ce raisonnement se réduit, en dernière analyse, à cette affirmation qu'il faudrait commencer par prouver, que, *entre la possession de bonne foi et la propriété, le droit naturel n'établit que peu de différence*, ou même, pour bien dire, qu'il n'en établit pas du tout. Mon droit de propriété cesserait avec ma possession. Si je pouvais attaquer l'usurpateur injuste, ce serait en vertu de son quasi-délit, qui l'oblige à me dédommager du mal qu'il

[1] Rotteck, *Droit de la Raison*, tom. I, § 16.

m'a fait ; mais contre l'acquéreur de bonne foi, je demeurerais sans recours.

Ce système est la négation du droit réel comme distinct du droit personnel ; il confond la propriété avec la possession, le fait avec le droit, et revient en définitive à celui de Toullier, de Blackstone, et des praticiens qui croient la propriété l'œuvre des lois positives.

Nous croyons avoir prouvé ailleurs qu'elle est de droit naturel.

Dans l'état de nature, dont se sont occupés quelques philosophes, il serait peut-être vrai de dire que le propriétaire pourrait difficilement prouver autre chose que sa possession antérieure, et qu'en conséquence le possesseur actuel devrait lui être préféré. Un tel résultat serait dû à l'absence de toute institution civile. Mais il faut bien se garder de confondre l'état de nature avec le droit naturel. On peut envisager le droit naturel dans un état social très-perfectionné, où il sera facile au propriétaire d'établir par des titres l'existence et la date de sa propriété. Dès-lors, où sera le motif de lui refuser la revendication? Serait-ce parce que son adversaire a payé le prix de la chose? Mais pourquoi celui-ci a-t-il traité *cum non domino?* C'est bien ici le cas de dire que c'est un malheur dont le propriétaire ne doit pas répondre.

M. de Rotteck raisonne différemment : il veut que le tiers acquéreur n'ait pas à souffrir d'avoir acheté le bien d'autrui. N'est-ce pas faire au pro-

priétaire la loi trop dure? Et ne peut-il pas arriver d'ailleurs, que le détenteur n'ait rien déboursé pour acquérir la possession même de bonne foi?

Au surplus, le point sur lequel on se borne généralement à discuter, c'est de savoir s'il est conforme au droit naturel que l'acquéreur de bonne foi prescrive la propriété à son profit par un temps donné, ce que contestent beaucoup d'auteurs, tant on est loin d'adopter la prétendue règle que la revendication n'existe pas contre lui!

Mais s'il est certain que la revendication appartient au propriétaire contre toute personne, il peut néanmoins s'élever des doutes sur plusieurs questions accessoires dont la solution variera suivant la bonne ou la mauvaise foi du possesseur, comme en ce qui concerne le prix payé par celui-ci, les améliorations qu'il a opérées ou les fruits qu'il a perçus.

1° Le prix déboursé par le tiers détenteur pour acquérir la chose doit-il lui être restitué par le revendiquant? — Evidemment non, s'il s'agit d'un acquéreur de mauvaise foi. — Dans le cas contraire, on a vu, par le passage cité de M. de Rotteck, que, suivant cet auteur, le possesseur de bonne foi avait droit à cette restitution; mais on n'aperçoit pas également sur quoi il fonde cette manière de penser. Quel service l'acquéreur a-t-il rendu au propriétaire? S'il est vrai que le premier souffre un préjudice par suite de son acquisition, c'est un malheur

dont le propriétaire ne doit pas répondre, car ce n'est pas lui qui l'a engagé à acheter. Tout le droit de l'acquéreur se borne donc à recourir contre son vendeur pour se faire restituer le prix payé, et même des dommages-intérêts.

2° Que décider par rapport aux améliorations ou constructions opérées sur l'immeuble par le tiers détenteur? — Il est de toute justice de contraindre le propriétaire à en tenir compte au possesseur de bonne foi, soit parce que celui-ci n'a fait qu'une chose louable en améliorant, soit, surtout, parce qu'il a réellement augmenté la valeur du fonds. Seulement, ce n'est point dans les déboursés mêmes que l'indemnité devra consister, mais dans la plus-value dont profitera le propriétaire.

Quant au possesseur de mauvaise foi, la question est plus délicate. On peut dire, d'un côté, qu'il est dans son tort d'avoir fait des dépenses sur un terrain qu'il savait appartenir à autrui [1]. D'une autre part, il ne paraît pas équitable que le propriétaire s'enrichisse à ses dépens : car il faut être honnête même envers un homme de mauvaise foi. Mais, il conviendrait peut-être d'accorder en ce cas l'option au revendiquant, ou de conserver les constructions en payant la plus-value [2], ou de les faire enlever

[1] Le droit romain lui refusait toute indemnité en ce cas. Instit., *de Divis. Rer.*, § 30 : *quia ei objici potest quod temere ædificaverit in eo solo quod intelligeret alienum esse.*

[2] L'art. 555 du Code civil n'autorise le propriétaire à conserver les constructions faites par le possesseur de mauvaise foi,

aux frais du possesseur, afin de remettre les lieux dans leur état primitif.

3° Reste la question des fruits perçus par le possesseur pendant sa jouissance. — Il faut également distinguer sous ce rapport entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi.

Le possesseur de mauvaise foi doit tenir compte de tous les fruits perçus par lui, sous la déduction des frais de culture.

Quant au possesseur de bonne foi, voici ce que paraît dicter la raison : — Les fruits, tant qu'ils ne sont pas séparés du sol, ne faisant qu'un avec la terre qui les porte, ne peuvent appartenir qu'au seul propriétaire. Le fait de la récolte ne fait pas changer la propriété de main. Ainsi, en thèse générale, le possesseur de bonne foi doit restituer les fruits perçus.

La difficulté n'existe qu'à l'égard de ceux qu'il a consommés. On peut se demander, en effet, si cette circonstance ne devra pas le dispenser d'en restituer la valeur au maître du fonds. Or c'est ce qui paraît équitable, par le motif que le possesseur de bonne foi, se croyant propriétaire de ces fruits, n'a commis aucune faute en les consommant. *Qui re tanquam sua utitur, nulli querelæ subjectus est.*

Mais pour les fruits qui existent encore en nature entre ses mains, le droit naturel l'oblige, comme

qu'à la charge de rembourser à celui-ci le prix des matériaux et de la main-d'œuvre. Il est difficile de se rendre compte des motifs d'une pareille disposition.

nous venons de le dire, à les restituer au propriétaire avec le fonds lui-même [1].

En terminant sur la revendication des immeubles, il n'est pas inutile de remarquer qu'en général les diverses législations, cédant à cette idée, que les meubles seuls sont susceptibles de vol, se sont montrées beaucoup trop tolérantes envers ceux qui usurpent sciemment les terres. Ce fait n'a point été traité comme un délit. Prenez-moi dix sous, vous allez en prison; prenez-moi un quartier de terrain, vous en êtes quitte pour le rendre. Que dire de cette différence? On éviterait bien des procès dans les campagnes en prononçant une amende contre les usurpations [2].

De la Revendication des Meubles.

La propriété des meubles n'est pas d'une autre nature que celle des immeubles. Elle n'est pas moins sacrée comme droit, quoiqu'elle soit en général moins précieuse. Rien ne s'oppose donc, en pure raison, à ce que le propriétaire ait la revendication des

[1] C'est précisément la distinction que faisaient les Romains entre les *fructus consumpti* et les *fructus exstantes*. V. le rescrit de Dioclétien, l. 22 *de Rei Vindic.*, C.

[2] On doit approuver sous ce rapport la loi russe (art. 359), qui accorde au propriétaire une indemnité proportionnelle à l'étendue de terrain usurpée, et qui varie d'ailleurs suivant qu'il s'agit de terres en culture, de forêts, de places à bâtir, etc.

objets mobiliers qui lui appartiennent, c'est-à-dire à ce qu'il puisse les suivre en quelques mains qu'ils passent, et se les faire restituer par tout tiers détenteur, fût-il de bonne foi; et l'on pourrait citer, en effet, plusieurs législations qui ont consacré ce principe.

Cependant on ne peut se dissimuler que ce système n'ait beaucoup d'inconvénients. La position du propriétaire d'objets mobiliers n'est pas la même que celle du propriétaire de biens fonds; celle du tiers acquéreur est encore plus différente dans les deux cas.

Il est plus facile au propriétaire de surveiller ses meubles que ses immeubles, puisqu'il a les premiers sous sa garde plus immédiate.

Quant au tiers acquéreur qui achète un objet mobilier, il lui est très-difficile, pour ne pas dire impossible, de savoir s'il appartient ou s'il n'appartient pas au vendeur, puisqu'il n'est pas d'usage de se faire représenter des titres en cette matière, comme lorsqu'il s'agit des fonds. Il a donc dû croire que son vendeur tenait la chose à bon droit, par cela seul qu'il était en possession.

Et puis, quel résultat funeste aurait la revendication des meubles pour le commerce en général! Elle paralyserait les échanges, elle détruirait la confiance, puisque jamais personne n'aurait la certitude de posséder tranquillement l'objet qu'il aurait acheté de bonne foi. Le propriétaire se présenterait, accompagné de témoins, et viendrait saisir dans

mon domicile le mobilier qu'un marchand m'aurait vendu et dont j'aurais payé le prix!

Tous ces motifs, joints à ce que la valeur des objets dont le propriétaire pourra être privé de cette manière ne sera jamais bien considérable, ont fait admettre chez la plupart des nations modernes la maxime célèbre : *En fait de meubles, possession vaut titre;* maxime dont le sens est précisément que le propriétaire ne peut point déposséder celui qui a traité de bonne foi de l'acquisition d'un objet mobilier [1].

Pourtant il semble raisonnable de faire une exception pour le cas de vol, surtout par cette considération, qu'il n'y a plus ici aucune négligence à reprocher au propriétaire dépouillé frauduleusement. Il mérite autant de commisération que l'acheteur, car ils ont été trompés tous les deux.

Quelques auteurs, tout en admettant la revendication dans ce cas, voudraient que la perte fût partagée entre le propriétaire et l'acheteur, c'est-à-dire qu'il fût remboursé à celui-ci la moitié du prix qu'il a payé. Le motif qu'ils en donnent, c'est que s'il n'avait pas acheté la chose, le propriétaire ne l'aurait probablement jamais recouvrée [2]. Mais on peut répondre que si l'achat a quelquefois cet effet, il

[1] Des législateurs bien divers ont consacré cette règle, qui se trouve dans les lois de Manou (liv. VIII, v. 201), dans les lois anglaises (v. BLACKSTONE, liv. II, ch. 30), dans le Code russe (art. 317), et dans presque tous ceux de l'Europe contemporaine.

[2] M. TISSOT a énoncé cette opinion dans son *Ethique*, p. 240.

peut avoir aussi l'effet contraire, en empêchant le propriétaire de mettre la main sur sa chose, quand il aura fait arrêter le voleur. On peut répondre, en outre, que l'acheteur de bonne foi n'avait certainement pas l'intention de restituer la chose à son maître, et qu'il n'a pas le droit de se faire payer d'un service qu'il n'a pas voulu rendre. Je pense donc que cette obligation n'existe pas dans la conscience.

Mais il ne paraît pas qu'on doive étendre à l'abus de confiance ce qui vient d'être dit du vol, en permettant au propriétaire de revendiquer l'objet dont aurait disposé un dépositaire infidèle. Il doit s'imputer, dans ce cas, d'avoir mal choisi celui dans lequel il plaçait sa confiance [1].

CHAPITRE X.

De la Possession, et de ses effets juridiques.

§ I.

De la Possession en général.

Il n'y a pas de législation où la possession ne tienne une place considérable, quoiqu'il soit diffi-

[1] C'est la distinction qu'a très-bien faite la Cour de cassation en appliquant l'art. 2279. Dès le xe siècle, les lois du pays de Galles distinguaient aussi entre le cas où la chose était sortie de la possession du maître par son fait, et celui où elle lui avait

cile de déterminer le rang qui lui appartient et l'influence qu'il convient de lui accorder.

Commençons par dire que toute détention matérielle d'une chose ne constitue pas la possession dans le sens juridique du mot. L'ami à qui je prête un livre pour le lire, le porte-faix qui transporte ma malle à la diligence, le fermier lui-même qui cultive mon champ, n'en ont pas la possession, ou du moins ils n'ont qu'une espèce de possession matérielle, impropre à engendrer les bénéfices de la possession ordinaire.

Quand on parle de possession, l'on entend le fait de la détention ou de la jouissance de la chose, uni à l'intention de la tenir pour soi, avec esprit de maître, et par conséquent sans rendre hommage au droit d'autrui. Il n'est pas nécessaire, du reste, d'avoir la bonne foi : l'usurpateur d'un fonds le possède, quoiqu'il sache qu'il n'en est pas propriétaire ; car il le détient avec l'intention de se l'approprier.

Beaucoup de jurisconsultes font trop d'honneur à la possession en pensant qu'elle seule est de droit naturel; que toute propriété a commencé par elle; que, jusqu'aux premières lois civiles, on ne distinguait pas le possesseur du propriétaire; et qu'enfin l'homme perdait tout droit sur les choses en cessant de les détenir.

été enlevée. *Bona autem his modis ablata sub juramento repetere potest,* QUONIAM NEMO ILLA A SUA MANU ACCEPERIT; *et cum nemo acceperit, quod suum est vindicare potest, ubicunque illud videre contingeret.* WOTTON, *Leg. Wall.*, lib. III, c. 3, § 38.

J'ai déjà combattu ailleurs[1] cette théorie humiliante pour l'humanité : elle nous ravale au niveau des bêtes, qui paraissent en effet n'avoir l'idée de la propriété que sur la proie qu'elles tiennent actuellement. C'est trop se défier même de l'homme à l'état sauvage, que de le croire incapable de sentir ce lien moral entre lui et les objets inanimés, lien en vertu duquel il en reste propriétaire lors même qu'il s'en éloigne. Là où s'est empreint son travail, là brille le sceau de sa propriété; et, de même que sa conscience en est jalouse, de même celle des autres leur commande de la respecter.

Veut-on la preuve que le sentiment de la propriété est inné dans le cœur de l'homme? Qu'on le prenne avant toute éducation, à l'âge où il est encore incapable des distinctions abstraites : déjà cette idée est gravée dans son ame. Ne voit-on pas chaque jour des enfants qui ne parlent pas encore réclamer les objets qui leur appartiennent, et, si quelqu'un s'en empare, trahir par leur colère le sentiment impérieux de la propriété violée en leur personne! Ils ne confondent pas le fait de la détention avec le droit de la propriété, démentant par le cri de leur conscience les paradoxes de la philosophie.

La distinction de la propriété comme droit, et de la possession comme fait, est aussi vieille que le monde. Il n'y a dans tout ceci qu'une chose qui soit l'œuvre des lois civiles : c'est ce *droit de possession*

[1] V. mon *Traité du Droit de Possession*, n° 1 et suiv.

qui est venu s'interposer entre l'une et l'autre. Assurément, si quelque chose était de nature à étonner nos premiers aïeux, c'était qu'un nouveau venu pût s'emparer du champ d'autrui, et qu'en vertu de ce fait illicite, quelque prolongé qu'on le suppose, il pût acquérir un droit quelconque auquel la loi dût sa protection, droit qui, sans être la propriété, vînt cependant se placer en face d'elle et la tenir en échec. Voilà ce qui est de création humaine. Quant à la propriété, elle existait bien avant que les jurisconsultes eussent combiné leurs formules; et les législateurs, la trouvant partout établie, sinon respectée, n'eurent besoin que de venir au secours de la conscience des hommes, en lui assurant l'appui de la loi.

Voyons maintenant quels sont les effets que devra produire la possession, envisagée comme distincte de la propriété.

§ II.

Effets attachés à la Possession.

Le degré de faveur dû à la possession doit nécessairement se mesurer sur le temps plus ou moins long qu'elle a duré : car le temps, quoi qu'on en dise, est le grand consécrateur des droits.

Quand la possession est récente, le préjugé de légitimité n'est pas assez fort pour mériter la protection des lois. L'intérêt du bon ordre veut seule-

ment qu'on n'emploie pas la force pour dépouiller le possesseur.

La possession a-t-elle duré quelque temps, le *statu quo* prend de la consistance aux yeux du législateur, qui non-seulement protège le possesseur contre des faits de violence, mais encore contre une usurpation quelconque. De là une action au moyen de laquelle le possesseur, sans être obligé de montrer ses titres, uniquement en prouvant sa possession annale, rentrera dans la chose, même contre le propriétaire qui aurait voulu la ressaisir de son autorité privée. En d'autres termes, le *droit de possession* est créé comme distinct du fait; il s'appuie sur une action protectrice appelée action possessoire, dont il sera question tout-à-l'heure.

Enfin, la possession continue-t-elle à se perpétuer paisiblement pendant un laps d'années considérable, la présomption de légitimité devient une certitude : le possesseur ne peut plus être troublé, il est devenu propriétaire par prescription.

C'est ainsi que le fait de la possession, le droit de possession, et la prescription, s'échelonnent dans la carrière, où le détenteur voit toujours ses droits grandir en proportion de l'espace qu'il a parcouru.

§ III.

De l'Action possessoire.

On appelle action possessoire, celle par laquelle le possesseur troublé demande la restitution de la

chose, uniquement parce qu'il l'a possédée pendant un certain temps, mais sans être tenu de prouver qu'il est propriétaire, et même quand il serait prouvé qu'il ne l'est pas.

Cette action appartient, dans notre droit, à celui qui a possédé paisiblement et publiquement pendant une année. Elle est portée devant un juge spécial, le juge de paix, qui doit la juger sommairement, sans entrer dans l'examen de la propriété. Une fois, du reste, que le possesseur est rétabli, elle ne fait pas obstacle à ce que le propriétaire se pourvoie devant les tribunaux civils pour faire déclarer au fond que la chose lui appartient.

C'est en cela que consiste la distinction célèbre du pétitoire et du possessoire. Le possessoire a la priorité; il suspend nécessairement le pétitoire, avec lequel il ne peut jamais être cumulé.

Les philosophes discutaient autrefois si cette distinction était de droit naturel ou de droit positif[1]. Il paraît assez difficile que, de droit naturel, les égards dus à la possession retardent la justice due au propriétaire. De nos jours, on a fait de la question une question d'utilité, et avec plus de raison. Mais en discutant sur ce terrain, qui est le seul vrai, nous ne pouvons partager l'avis de ceux qui n'ont vu dans notre régime du possessoire qu'une complication funeste, propre seulement à multiplier les procès. A l'appui de cette thèse, on allègue que la distinction

[1] Puffendorf, liv. v, ch. 13, § 6.

du possessoire et du pétitoire nécessite pour le même objet deux contestations au lieu d'une; qu'il en faut une troisième pour fixer préalablement la compétence, tant les limites des pouvoirs du juge sont mal tracées; qu'il serait, enfin, plus simple de fondre l'action possessoire et l'action pétitoire en une seule, d'en attribuer la connaissance au même tribunal, en l'autorisant à prendre telle mesure que de raison pour régler la possession *pendente lite*[1].

Nous commencerons par avouer que le système du possessoire, tel que nos lois l'ont formé, est presque propre à la France; que les autres législations se sont bornées en général à quelques mesures de police pour empêcher et réprimer les voies de fait; mais que nulle part la possession ne se détache autant de la propriété; que nulle part sa préséance n'est aussi bien marquée; que la possession annale en particulier est, pour ainsi dire, le produit indigène de notre sol; que la compétence exclusive du juge de paix en matière de possession rend encore la ligne de démarcation plus saillante. Mais nous n'en sommes pas moins convaincu que cette institution est excellente et mérite d'être conservée.

Supprimer le degré du possessoire ne serait autre chose que de revenir au système de notre ancienne

[1] V. ces raisons développées dans un mémoire sur la *Statistique de la Justice civile*, par M. Bérenger, conseiller à la Cour de cassation. On le trouvera dans le premier volume des *Mémoires de l'Académie des Sciences morales et politiques*.

jurisprudence, alors que les mêmes juges statuaient cumulativement sur la possession et la propriété.

Cet état de choses fut un chaos contre lequel un concert de plaintes s'éleva, jusqu'à ce que les ordonnances de nos rois eussent ramené l'ordre par la prohibition du cumul, c'est-à-dire précisément par ce qu'on accuse aujourd'hui.

Au système de la séparation, qui fut un bien, l'Assemblée constituante en ajouta un autre, en donnant la connaissance du possessoire à un magistrat placé au sein même des populations agricoles.

Il faut savoir se garder des simplifications qui ne simplifient rien. En apparence, la fusion du possessoire et du pétitoire réduirait le nombre des procès. En réalité, la condition des plaideurs serait empirée. L'action possessoire est un moyen prompt et économique d'avoir raison d'une multitude de petites usurpations qui ne vont jamais en appel. Supprimez-la, et qu'arrivera-t-il? Que, pour la cause la plus futile, les parties seront obligées d'aller plaider au pétitoire, de constituer avoué, de faire voyage sur voyage au chef-lieu. Heureux encore si le tribunal ne juge pas l'examen des lieux indispensable! Au lieu de ces frais et de ces lenteurs, le juge de paix, dans l'état actuel des choses, règle sommairement la possession, par une sentence à laquelle les parties acquiescent dans le plus grand nombre des cas.

Ce qui peut prêter aux attaques quelque apparence de raison, ce sont les fréquents débats

sur la compétence : car il est vrai que les limites d'attribution sont mal définies entre le juge du pétitoire et celui du possessoire. Mais c'est le vice de la loi, ce n'est pas le vice de l'institution. La loi peut demander à être éclaircie ; l'institution n'en est pas moins salutaire en elle-même, et digne d'être proposée pour modèle [1].

CHAPITRE XI.

De la Propriété littéraire et industrielle.

Tristram Shandy était d'avis que « les exsudations du cerveau d'un homme sont autant sa propriété que la culotte qu'il a au derrière [2]. » Il semble, en effet, qu'il n'y ait point de droit plus complet et plus sacré que celui de l'auteur sur son livre, puisque ce livre n'existait pas, et qu'il l'a tiré du néant.

Pourtant, de toutes les propriétés, c'est celle à laquelle on a donné le moins de garanties. Par exemple, elle n'est, dans aucun pays, indéfiniment transmissible par succession. Est-ce une injustice des peuples envers les écrivains? J'aurais peine à le croire, tant il est improbable que le bon sens gé-

[1] V. la préface de mon *Traité du Droit de Possession*, où j'ai donné plus de développement à ces considérations.

[2] Sterne, *Tristram Shandy*, ch. 78.

néral ait pris le change sur une question dans laquelle aucune passion bien vive ne peut-être intéressée.

Il est à remarquer, en effet, que les productions de l'esprit ne comportent nullement les caractères essentiels de la propriété. L'œuvre littéraire ne consiste pas dans un plus ou moins grand nombre de rames de papier couvertes de caractères d'impression : elle ne consiste que dans la pensée. Tant que cette pensée n'est pas sortie du cerveau de l'écrivain, elle est éminemment sienne. Mais dès qu'il l'a communiquée aux hommes, elle s'envole, elle lui échappe. Certes, si l'on ne pouvait pas dire qu'Homère fût propriétaire de l'Iliade, qu'il chantait de ville en ville, pourquoi voudrait-on que, depuis la découverte de l'imprimerie, celui qui traduit Homère fût propriétaire de sa traduction [1] ?

La propriété, d'après la définition des jurisconsultes, est le droit d'user et d'abuser de la chose : par conséquent de changer la nature de l'objet; de démolir une maison, si c'est une maison; de tuer un animal, s'il s'agit d'un animal. Ce droit est éminemment exclusif, c'est-à-dire qu'il consiste dans la faculté d'interdire à toute personne l'usage de la chose possédée. Mais ces caractères ne sauraient s'appliquer aux productions littéraires : car celui

[1] Je ne dis pas cela pour arriver à refuser à un auteur tout droit sur ses ouvrages, on verra bientôt le contraire; mais seulement pour montrer que ce droit ne peut pas être une véritable propriété.

qui les a publiées n'en est plus le maître, du moment qu'elles circulent dans les mains du public; il n'en tire pas plus de jouissance que le premier venu qui a un écu pour acheter son ouvrage. — Et d'ailleurs, il serait possible de conserver à un auteur son droit d'user et d'abuser, c'est-à-dire de détruire, qu'il ne faudrait pas le faire; car son œuvre est le patrimoine général des intelligences. Autrement, Racine, devenu timoré dans sa vieillesse, aurait pu déshériter la postérité de ses admirables tragédies.

Si ces idées sont vraies, si un livre n'est point une propriété véritable, comment faut-il donc l'envisager?

Un livre n'est autre chose qu'un discours au public[1].

De droit naturel, un livre, considéré comme œuvre d'esprit et abstractivement des matériaux d'impression, n'est pas plus la propriété de celui qui l'a écrit, que le discours recueilli par les sténographes de la Chambre n'est la propriété de l'orateur qui le prononce à la tribune. Je puis vous révéler un secret pour de l'argent, je puis le faire sous la condition que vous ne le communiquerez pas à d'autres; mais si j'assemble la communauté, et que je dise : Ecoutez-moi! je suis un plus beau génie que vous. Admirez mes connaissances : j'ai

[1] Cette idée est de Kant; mais je n'en tire pas toutes les conséquences que ses disciples en ont tirées. V. Beck, *Comment. sur Kant*, Halle, 1798, p. 312.

voyagé à Thèbes ou à Memphis ; c'est en ceci, et non en cela, que consiste l'art du gouvernement : alors je fais ce qu'on appelle un livre; mais alors aussi chacun est libre d'aller répéter plus loin tout ce qu'il a entendu sortir de ma bouche.

Qu'est-ce donc proprement que le *droit d'auteur*, cette protection plus ou moins efficace que les législations accordent à l'écrivain?

Rationnellement, ce droit n'est autre chose qu'une récompense décernée par le public à celui qui l'instruit ou qui l'amuse.

Que cette récompense soit noble et digne, qu'elle soit proportionnée au travail et aux frais pécuniaires imposés à l'auteur, à l'honneur que son œuvre a fait rejaillir sur sa patrie, rien de mieux assurément; mais, dans l'application, le mode de rémunération était difficile à déterminer.

Devait-on attribuer à l'auteur une indemnité pécuniaire? Mais de quelle manière, devant quel tribunal évaluer le prix d'un livre nouveau, ou même décider s'il en a aucun?

La raison indique qu'un des moyens les plus logiques, le seul peut-être de parvenir à ce but, était de laisser l'écrivain tenter lui-même la fortune en publiant son ouvrage, et de lui garantir seulement que ceux qui seraient demeurés étrangers au travail de la production ne viendraient pas non plus concourir au bénéfice. En d'autres termes, la seule propriété littéraire raisonnable consiste dans un privilége accordé à l'auteur.

Reste à déterminer le point le plus délicat sans contredit, c'est-à-dire l'étendue et la durée de ce privilége.

D'abord, il ne convenait pas de le rendre perpétuel, comme le voudraient beaucoup d'écrivains trop pénétrés de la fausse idée que les ouvrages de l'esprit forment une propriété véritable. Déclarer perpétuel le droit d'auteur, ce serait mettre dans la main de certains individus, préoccupés de certaines opinions politiques ou philosophiques, le pouvoir d'empêcher la réimpression d'un ouvrage, et de le supprimer par le fait. Ce serait aussi récompenser beaucoup plus la postérité plus ou moins méritante d'un grand homme, que ce grand homme lui-même. Celui-ci, d'ailleurs, pressé par le besoin, n'en vendrait pas plus cher son livre à quelque spéculateur qui profiterait seul du bénéfice de la loi. Et puis, cédée ou non cédée, que deviendrait, avec le temps, la propriété des œuvres littéraires, dans les partages de successions? Elle irait toujours se morcelant entre les divers héritiers. Au bout de quelques générations, un arrière-petit neveu de Molière possèderait un vingt-quatrième du *Misanthrope*. Un autre mettrait en actions le soixante-quinzième du *Petit Carême*. Il aurait fallu traiter avec cent individus pour arriver à faire une édition complète de Lafontaine ou de Boileau.

Il existe un monument de jurisprudence en faveur de la propriété perpétuelle. Un arrêt d'une cour d'assises anglaise, rendu à propos d'une contrefaçon du

poème des *Saisons*, jugea qu'en l'absence de lois positives, la propriété littéraire existait avec les mêmes caractères que toute autre propriété. Mais cette jurisprudence fut bientôt abandonnée, même en Angleterre. Chez nous, sous l'ancienne monarchie, il n'existait aucune loi à ce sujet. Chaque auteur, avant de publier son livre, devait en obtenir l'autorisation du gouvernement, qui lui accordait en même temps un privilége personnel, dont la durée variait d'après l'importance de l'ouvrage. Celui qu'obtint Grotius pour son *Traité du Droit de la Paix et de la Guerre*, était de quinze ans. Aujourd'hui, nous sommes régis par une loi qui protège les œuvres littéraires pendant toute la vie de l'auteur, et pendant dix ans après sa mort. Ce dernier délai est même porté à vingt années s'il laisse une veuve ou des enfants [1].

Le système de la loi française paraît d'abord se recommander par un mérite tout particulier. L'auteur ne peut avoir la douleur de voir son œuvre, tombée de son vivant dans le domaine public, enrichir des concurrents plus habiles, tandis qu'il serait lui-même dans le besoin. Il peut la retoucher, la perfectionner pendant sa vie. Il a, enfin, la certitude de laisser une ressource aux héritiers les plus rapprochés de sa personne. Mais ce système n'est pas non plus à l'abri de sérieuses objections.

La première se tire de l'aléatoire funeste qu'il jette dans les conventions, puisque la durée du privilége

[1] Loi du 19 juillet 1793; décr. 5 février 1810, art. 39.

dépend de la vie de l'auteur, et que par conséquent il n'y a point de base certaine ni pour fixer le prix de la cession, ni pour spéculer sur le débit des éditions projetées.

La seconde et la plus grave est que, par cet arrangement, les essais juvéniles d'un écrivain obtiennent une protection plus longue que les ouvrages de son âge mûr. Ainsi, chose bizarre! plus le talent se perfectionne, plus le privilége va en se raccourcissant; plus l'auteur fait d'honneur à son pays, plus le pays diminue la récompense. L'*Alexandre* de Racine, que personne ne lit, jouirait d'une protection double de celle de son *Athalie*.

Ne serait-il pas plus rationnel d'opérer sur un principe tout-à-fait différent, en accordant à chaque ouvrage un privilége d'une durée fixe, à partir de sa publication; sauf à prendre un délai suffisant pour qu'il équivalût, selon toutes les probabilités, à la vie de l'auteur. Un privilége de quarante ou quarante-cinq ans lui permettrait de tirer de son livre tout le parti qu'il peut produire, en même temps qu'il offrirait à la spéculation un élément connu. Généralement parlant, ce délai serait assez long pour présenter aussi un excédant en faveur des héritiers.

Sous quelque point de vue qu'on envisage cette idée, une considération qui mériterait qu'on s'y arrêtât, serait de chercher les moyens de protéger un écrivain contre les cessions imprudentes que lui arrachent souvent le besoin ou l'ignorance de ce que vaut son livre. On doit toujours avoir devant

les yeux Milton dans l'indigence, ne tirant que 250 f. du *Paradis perdu*, qui a fait depuis la fortune de tant de libraires. Tout ce qui tend à gêner la liberté des conventions est un point délicat à régler. Toutefois je crois qu'il n'y aurait que peu d'inconvénient à déclarer nulle la cession perpétuelle d'un ouvrage, quand elle serait faite avant que deux éditions fussent venues éclairer l'auteur sur le prix de la chose qu'il vend.

Un mot, maintenant, à propos de la contrefaçon.

Beaucoup de personnes, partant de l'idée de la propriété absolue, voient dans la contrefaçon un véritable vol. Suivant elles, il n'y aurait aucune différence entre contrefaire le livre d'un homme, et prendre à cet homme un billet de banque dans sa poche. Cependant les lois n'ont puni nulle part le contrefacteur comme le voleur, et elles ont eu raison de ne pas le faire.

D'autres, prenant le contre-pied de ces doctrines, déclarent la contrefaçon irrépréhensible en soi, sous prétexte que l'homme qui achète un livre peut le lire ou le prêter à mille personnes, et que par conséquent il peut aussi le reproduire par l'impression si bon lui semble[1]. Un pareil sophisme n'a pas besoin d'être réfuté.

Il en est qui ont considéré le contrat intervenu entre un auteur et son éditeur comme un mandat par lequel celui-ci s'engage à faire parvenir au

[1] Gros, *Lehrbuch des Naturrechts*, § 167.

public la pensée du premier. Dans ce système, la contrefaçon ne serait autre chose qu'une entremise indue dans un mandat confié à autrui [1]. Mais il est évident qu'il y a plus qu'un mandat dans la vente d'un ouvrage : car le but principal des parties, au moins de l'une d'elles, est de spéculer. D'ailleurs, quand l'auteur édite lui-même son livre, il n'y a plus de mandat, et cependant la contrefaçon n'a pas changé de nature.

Nous avons dit qu'en pur droit naturel, une œuvre littéraire n'est point une propriété, qu'un livre n'est qu'un discours au public, et qu'au public appartient immédiatement la pensée qui lui a été communiquée.

C'est la loi civile qui intervient pour accorder à l'auteur un privilége à titre de récompense nationale. Celui qui se livre à la contrefaçon viole ce privilége, trouble l'auteur dans un droit que la loi lui confère; mais ce droit n'est pas une propriété, et par conséquent son action n'est pas un vol.

Il suit encore de là que la loi qui accorde ce privilége ne peut pas agir hors de son territoire, et par conséquent que la contrefaçon à l'étranger ne peut pas précisément être taxée de délit.

Non pas que je prétende disculper ce genre de commerce en pure morale. Celui qui contrefait un livre à Bruxelles sait bien qu'il contrevient à la volonté de l'auteur; que chaque exemplaire vendu

[1] Beck, *ubi supr.*

ne l'a été qu'à la condition tacite qu'il ne serait pas contrefait; que lui, contrefacteur, n'aurait pas obtenu l'exemplaire qui lui sert de type, si l'on eût prévu l'usage qu'il voulait en faire.

Ces considérations de délicatesse font regretter que les gouvernements ne parviennent pas à s'entendre sur les moyens de réprimer cette espèce de piraterie intellectuelle qui s'exerce en temps de paix de libraires à écrivains. Malheureusement, ce n'est point un résultat facile à obtenir, parce que, pour la marchandise littéraire comme pour les autres, il y a des peuples producteurs et des peuples non producteurs, et que ceux-ci ont tout à gagner à pouvoir contrefaire les produits de leurs voisins, sachant bien que la loi du talion ne leur sera pas appliquée [1].

Je n'ajoute plus que quelques observations sur

[1] Voici les règles qui sont adoptées dans les principales législations, concernant la propriété littéraire : — En Angleterre, d'après le bill de 1842, chaque ouvrage jouit d'un privilége de 42 ans à dater de sa publication. — La loi prussienne (de 1837) accorde à l'auteur et à ses héritiers, dans tous les cas, s'agit-il même d'ouvrages posthumes, une protection qui s'étend à 30 années après sa mort. — L'Autriche ne garantit la propriété littéraire que pendant la vie de l'écrivain; c'est l'Etat où cette propriété est le plus mal traitée. — En Russie, au contraire, outre le droit viager de l'auteur, sa famille a un privilége de 25 ans après son décès, avec cette clause, que si, dans les cinq dernières années, l'ouvrage est réimprimé, le privilége dure dix ans de plus. — Enfin, aux Etats-Unis d'Amérique, la loi protège le droit de l'auteur pendant 28 ans; et si, à l'expiration de ce terme, celui-ci, ou sa veuve, ou ses descendants, existent encore, le privilége est renouvelé pour quatorze autres années.

ce qu'on a voulu appeler aussi la propriété industrielle, c'est-à-dire sur le droit appartenant à un inventeur d'exploiter exclusivement le procédé nouveau qu'il a inventé.

La propriété industrielle n'existe pas plus que la propriété littéraire. Autrement, comme on l'a fait remarquer, celui qui conçut le premier l'idée de transformer un morceau de bois en sabot, aurait acquis le privilége exclusif de chausser à jamais le genre humain; et, pour peu qu'il eût été jaloux de sa découverte, il eût pu contraindre les hommes de marcher pieds nus jusqu'à la fin des siècles [1].

Mais ici, comme pour l'écrivain, la loi put, à titre d'encouragement, assurer à l'inventeur le droit de vendre seul, pendant un certain délai, l'objet nouveau qu'il avait imaginé.

Quant à la durée du privilége, quant au degré de faveur dû à l'inventeur, comparativement à l'écrivain, le jugement à porter variera nécessairement d'après la tournure d'esprit des personnes.

Les industriels, les utilitaires, ceux qui font consister la grandeur d'un état dans le nombre de ses houillères et de ses machines à vapeur, ceux qui ne considèrent l'intelligence de l'homme que comme un peu de gaz renfermé dans une bouteille, ceux aux yeux de qui la littérature n'a guère d'autre mérite que de servir à rédiger des *prospectus;* tous ceux-là trouveront qu'une machine vaut bien un

[1] Comte, *Traité de la Propriété*, t. II, p. 44.

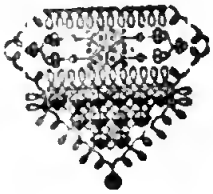
poème, et qu'elle a droit, pour le moins, à la même protection.

Ceux qui pensent, au contraire, que la propriété matérielle n'est pas le seul but des hommes; que les Grecs et les Romains, par exemple, n'en étaient pas moins grands pour n'avoir pas connu les chemins de fer : ceux-là se refuseront à établir une comparaison entre ce qui procure les commodités de la vie et ce qui ennoblit l'ame, entre James Watt et Virgile; ils croiront sans doute qu'un privilége de dix ou quinze années suffira pour garantir les intérêts de l'inventeur.

J'avoue que je me rangerais volontiers à ce dernier avis : car je me défie de cette prétendue grandeur industrielle qui mesure la valeur d'une nation à la quantité d'aunes d'étoffe qu'elle peut produire. Ce qui fait qu'un peuple est grand, c'est le génie, c'est la moralité, c'est le courage; et le livre qui allume dans les ames la passion de ce qui est bien, de ce qui est beau, me paraît un don plus précieux fait à l'humanité que la plus ingénieuse machine, dût-elle réaliser des merveilles de fabrication.

D'ailleurs, les œuvres littéraires du mérite le plus transcendant ne percent quelquefois qu'à la longue; et je pourrais citer vingt noms célèbres pour qui la gloire n'a été que posthume. On ne trouverait peut-être pas un seul exemple d'invention industrielle à qui l'opinion ait fait cette injustice. Les académies des sciences et les juris d'exposition constatent le degré précis d'avantage ou de progrès

des procédés nouveaux dans les arts; et, cet avantage une fois constaté matériellement, le procédé est adopté du public, qui, pour rien au monde, ne consent à user deux kilogrammes de combustible là où il peut n'en user qu'un. Il n'y a donc aucune injustice à limiter à un laps de temps plus court la protection accordée à la propriété industrielle.



APPENDICE AU LIVRE II.

DE LA TRANSMISSION DES BIENS IMMEUBLES[1].

Les droits accordés au propriétaire furent à peu près les mêmes partout. Les révolutions n'ont porté que sur les modes de transmission de la propriété immobilière.

Les législateurs sont toujours partis de l'une ou de l'autre de ces idées : ou bien ils ont considéré le patrimoine de l'homme du point de vue individuel du possesseur, ou bien ils y ont vu l'avoir de la famille, l'héritage des générations passées, l'espoir des générations futures, entre lesquelles le propriétaire n'apparaissait que comme une espèce d'usufruitier.

Cette dernière pensée, qui fut en général celle des

[1] Nous donnons ici ce fragment trouvé parmi les feuilles du manuscrit de l'auteur, qui, sans doute, lui destinait une place dans cet ouvrage.

législateurs anciens, ne se manifesta nulle part aussi nettement que dans le droit mosaïque. Le propriétaire, on le sait, ne pouvait aliéner ses biens que jusqu'à l'année jubilaire. Tous les quarante-neuf ans, au son de la trompette sacrée, chaque famille rentrait solennellement dans ses propriétés.

Moïse, pour assurer la stabilité de ses institutions, avait voulu mettre, pour ainsi dire, l'immobilité tout autour de son peuple. La famille israélite ne pouvait pas plus quitter son domaine que le peuple de Dieu ne pouvait quitter la terre de Chanaan.

Quoique les Romains, surtout dans les premiers temps de leur république, attachassent aussi du prix à la conservation des biens dans les familles, le jeu de leurs lois, plus perfectionné, ne connut jamais ces restrictions qui paralysaient le droit de disposer dans la main du propriétaire.

Elles reparurent au moyen âge, avec le culte des souvenirs domestiques, au milieu de ces familles patriarcales dont les générations se succédaient, sans se diviser, autour du foyer des ancêtres. La loi des fiefs, venant compliquer les rapports juridiques, donna alors à la propriété la plus étrange organisation qui se puisse concevoir.

La propriété féodale présente un enchevêtrement sans exemple de mille droits qui, partant du sol comme autant de fils, vont aboutir entre mille mains, dans une confusion inextricable. Ces droits supportent eux-mêmes d'autres droits parasites. Les hypothèques sont entées sur les cens, les cens sur les em-

phytéoses, les emphytéoses sur les fiefs, qui jouent eux-mêmes par deux ou trois mouvances jusqu'au seigneur primitif, sans compter les dîmes, les retraits, les banalités, les commises, les droits de haute et basse justice. Comment la propriété pouvait-elle se mouvoir sous ce fardeau? Pas un morceau de terre où vingt personnes n'aient à réclamer quelque chose, et chacune de ces vingt personnes pouvait plaider sa vie durant, pour peu qu'elle en eût le désir.

Quand le régime féodal commença, tous les grands domaines étaient concentrés dans quelques mains puissantes. Les possesseurs en firent des concessions d'abord à temps, puis à vie, puis héréditaires. Dans tous les cas, les services à prester, le mode de transmission, dépendaient de la concession primitive. Le seigneur, qui avait pu ne pas la faire, avait pu ne la faire que sous telle ou telle condition, ou s'y retenir tel ou tel droit. Tout l'esprit de la féodalité est là. Voilà pourquoi les règles des fiefs étaient si diverses: ici dévolus par droit d'aînesse, là partageables entre tous les enfants; là tombant en quenouille; là ne pouvant être possédés que par des mâles. La volonté du seigneur en décidait. Quand le possesseur put à son tour démembrer sa concession pour faire des arrière-fiefs, la confusion s'accrut. Joignez à cela que chacun des droits réservés dans ces transmissions successives était considéré comme un immeuble, et, comme tel, irrachetable et perpétuel; que la propriété dominait l'homme; qu'elle était la source de la

noblesse ; que c'était elle, et non pas le propriétaire, qui avait les droits de chasse, de justice, et tous les autres droits seigneuriaux : et vous comprendrez le respect qu'on avait alors pour la terre, et l'immense complication des droits qui s'y rapportaient.

L'idée que la terre était à la famille et non pas à l'individu, se présenta naturellement. De là la règle du plus vieux droit coutumier, qu'aucune aliénation ne peut être valable si les héritiers n'y ont consenti.

Plus tard, on se relâche de cette rigueur. Les héritiers ne paraissent plus au contrat. Mais ils obtiennent le droit de retrait, qui les autorise à déposséder, en l'indemnisant, le nouvel acquéreur. Ces retraits se multiplient à l'infini ; on en comptait vingt-cinq dans notre ancienne jurisprudence. Ils couvrent le sol de l'Europe, et leurs délais, quelquefois très-longs, jettent dans les transactions la plus funeste incertitude.

Dans tout cela, pas la moindre idée d'économie politique. On ne paraît pas même soupçonner que tant d'intérêts si fortement liés au sol puissent en être déracinés, ni que le bien public puisse avoir quelque chose à faire avec le mode de transmission des fortunes.

Il fallait une tempête politique pour dégager la propriété de ses liens. A la faveur de cette tempête, les théories d'économie sociale, pénétrant enfin la masse réfractaire de la législation, y développent de nouvelles tendances. La loi a cessé de se préoccuper de l'intérêt des familles pour favoriser la cir-

culation des biens et pour fonder la sécurité du possesseur : car le besoin de sécurité est l'un de ceux que l'homme ressent le plus vivement. Or, pour atteindre ce but, deux choses étaient nécessaires : simplifier le jeu des droits réels, et organiser un système de publicité de ces mêmes droits.

Sous le premier rapport, les majorats, les substitutions, les rentes foncières, les retraits, les rémérés, les retours légaux ou conventionnels, et tous ces droits sous lesquels la terre était autrefois écrasée, furent ou supprimés, ou resserrés dans des limites étroites.

Mais sous le second rapport, en ce qui touche à la publicité des droits réels, sans laquelle pourtant il n'est pas de sécurité possible, la réforme n'a été qu'ébauchée. A l'exception des hypothèques, qui sont connues par l'inscription, celui qui achète un fonds aujourd'hui n'a aucun moyen de savoir s'il n'a pas été déjà vendu à quelque autre, s'il n'est pas grevé d'un usufruit ou de quelque servitude occulte, s'il n'est pas inaliénable par suite d'une constitution dotale. L'état de nos lois à cet égard est plus arriéré qu'il ne l'était au milieu de la barbarie du moyen âge.

Alors, en effet, la formalité du vest et du dévest, qui s'accomplissait par la remise de quelque objet symbolique devant le juge[1], entourait la transmis-

[1] ... Et se fait communément ladite vesture par tradition d'un petit bâton ou buchette. LAON, art. 126.

sion des biens immeubles de quelque publicité. Il était dressé procès-verbal de cette formalité sur un registre spécial, et, tant qu'elle n'était pas remplie, la propriété résidait toujours, aux yeux de la loi, sur la tête de l'ancien maître. Les tiers savaient par conséquent avec qui ils pouvaient traiter [1].

Les appropriances de la coutume de Bretagne arrivaient au même résultat par une autre voie. L'acquéreur devait faire connaître son titre par trois bannies, à l'issue de la messe paroissiale, à trois dimanches consécutifs. Celui qui avait fait les bannies prescrivait par dix ans contre toutes personnes. Celui qui les avait omises avait besoin d'un temps de possession plus long [2].

Chez les nations slaves, où les mesures de publicité, dans l'intérêt de la sécurité des contrats, sont fort anciennement dans les mœurs [3], un système assez savant de précautions a été organisé par les lois. Ainsi, en Russie, tout contrat translatif de la propriété d'un immeuble doit être rédigé, à peine de nullité, sur les livres fonciers qui sont tenus par des officiers publics. C'est dans ces mêmes livres que s'inscrivent les hypothèques et toutes les

[1] Les principales Coutumes de vest et dévest étaient : Laon, 120 et suiv.; Reims, 150; Melun, 104 ; Châlon, 123; Auxerre, 84; Sedan, 217, etc.

[2] V. l'ancienne Coutume de Bretagne, art. 267, 268.

[3] Dès le XIIIe siècle, il existait en Pologne des registres publics sur lesquels devaient être transcrits les contrats d'aliénation; et celui qui s'inscrivait le premier avait la *potioritas*. MACIEIOWSKI, t. IV, p. 143.

inhibitions d'aliéner, dont l'acquéreur peut ainsi prendre connaissance. Le contrat formé, l'acheteur doit se présenter avec l'expédition de son acte devant le tribunal de district, s'il s'agit d'un bien rural, ou devant la justice municipale, s'il s'agit d'un fonds urbain, pour requérir *l'envoi en possession*. Cet envoi est opéré par un officier de police qui rassemble les voisins et les serfs, qui leur donne lecture des actes, et qui enjoint aux serfs d'obéir au nouveau maître. Deux ans après, nouvelle publication dans la même forme : les voisins sont requis de déclarer s'ils ne connaissent rien qui s'oppose à ce que l'acquéreur soit propriétaire, et, si aucune opposition ne se produit, a lieu *l'ensaisinement*, après lequel toute réclamation est inadmissible[1].

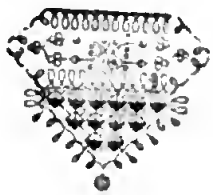
Ailleurs, comme en Autriche, tous les droits relatifs à des immeubles doivent être inscrits ou transcrits, de manière à permettre à tout intéressé de connaître exactement et à qui tel fonds appartient, et quelles charges le grèvent.

Il est inévitable que d'ici à peu de temps la législation française ne se mette au niveau de ce mouvement qui répond à un besoin si généralement senti et si légitime.

S'en tiendra-t-on à ces règles pour assurer la propriété des immeubles? Une autre révolution ne menace-t-elle pas cette propriété dans un sens cette fois tout différent? L'homme, qui peut tout, peut

[1] Code civil russe, art. 424, 556, 559, 962.

aussi, par les conventions sociales, détruire le caractère de fixité des biens immeubles. Qu'il déclare que les titres de propriété pourront être au porteur : il aura résolu par-là même le problème de faire marcher les montagnes. Les immeubles pourront être volés comme on vole aujourd'hui un sac d'argent. Les bords de l'Orénoque, les croupes de l'Hymalaya seront cotés à la Bourse, où l'agiotage fractionnera et dépècera sous toutes les formes la surface de la terre habitable. Cette métamorphose du sol en marchandise serait la plus haute expression de l'influence de l'industrialisme sur la propriété. Se réalisera-t-elle un jour? On doit le regarder comme assez probable. Peut-être même ce jour serait-il voisin, sans l'impôt considérable prélevé sur les mutations, impôt dont l'Etat consentirait difficilement à se priver dans les circonstances actuelles. Cette fois du moins l'influence des considérations fiscales est salutaire, l'intérêt général demandant bien plutôt qu'on ajoute à la stabilité de la propriété foncière, qui forme le gage de sécurité des femmes, des mineurs, des vieillards, et de tous ceux qui veulent mettre leur avenir à l'abri des chances de la fortune.



LIVRE TROISIÈME.

DES SUCCESSIONS.

Digitized by Google

SOMMAIRE DU LIVRE TROISIÈME.

Si les successions sont de droit naturel.— Législation comparée : systèmes anciens, systèmes modernes.— Réflexions générales. — Des divers ordres de successions. — De la représentation. — Du droit de tester.— Des testaments, de leur forme, et de la capacité de tester. — Des diverses dispositions testamentaires : institutions d'héritiers, legs, substitutions, majorats. — Limitation du droit de tester; légitime. — De la capacité d'être héritier : incapacités absolues et relatives; indignité. — De l'acceptation des successions. — Des pactes sur les successions futures.

CHAPITRE PREMIER.

Si les Successions sont de droit naturel?

Ç'a été long-temps une grande controverse entre les auteurs, que de savoir si les successions étaient de droit naturel ou de droit positif. Montesquieu a écrit que « la loi naturelle ordonne aux pères de nourrir leurs enfants, mais qu'elle n'oblige pas de les faire héritiers [1]. » La plupart des philosophes allemands enseignent aujourd'hui que tous les droits de l'homme s'éteignent avec lui, que par la même raison sa mort met fin à toutes ses obligations, et qu'ainsi, dans le droit de la nature, il n'y a pas d'hérédité possible.

[1] *Esprit des Lois*, liv. XXVI, ch. 6.

La question dépend du sens qu'on attribue au mot de droit naturel. Dans tous les cas, ce serait une étude peu profitable que celle d'un droit qui n'existe nulle part, et qui ne pourrait exister sans démentir tous les instincts de l'homme, et sans contrarier la raison.

Partout le droit d'hérédité est établi, même chez les peuples les plus sauvages : grave présomption, sinon que ce droit est de droit naturel, du moins qu'il est rationnel au plus haut degré.

Sans doute, si l'on veut dire qu'il n'y a, dans le lien du sang en lui-même, rien qui démontre que le bien du père doive appartenir à ses enfants; si l'on veut dire qu'il peut arriver des cas où le principe de successibilité pourra être suspendu sans injustice; si l'on entend contester que le frère doive être considéré comme l'héritier de son frère par une intuition nécessaire de l'intelligence : si c'est là ce qu'on veut dire, en niant que les successions soient de droit naturel, on aura peut-être raison. Mais il n'en est pas moins vrai qu'une foule de motifs tirés, les uns de l'intérêt du défunt, les autres de l'intérêt de l'héritier, les autres de celui de la société elle-même, concourent avec une telle puissance à fonder le droit de succession, qu'en se plaçant au point de vue d'une loi générale, il est presque impossible de concevoir qu'il n'existe pas.

On doit donc croire que, s'il ne rentre pas dans ce droit naturel primaire, c'est-à-dire dans ce droit de la conscience qui ne souffre pas d'exceptions,

il rentre du moins essentiellement dans celui que nous avons appelé le droit de la raison.

Les auteurs qui ont voulu rechercher les motifs sur lesquels se fonde la loi successorale, en ont, pour la plupart, donné d'insuffisants, parce qu'ils les ont envisagés séparément, au lieu de les grouper ensemble.

Ainsi, quelques-uns, partant de ce principe, qu'à la mort d'un homme ses biens deviennent sans maître, n'ont vu dans les successions qu'un droit d'occupation en faveur des proches, qui d'ordinaire entourent la couche du mourant[1]: doctrine d'après laquelle les domestiques auraient autant de droit que les descendants, et même plus que les collatéraux qui n'habitent pas sous le même toit que le défunt.

Suivant d'autres, le droit de succession a été accordé aux enfants comme une compensation de la servitude qu'ils ont subie sous le joug de la puissance paternelle, et comme un moyen de reprendre les biens que leur père avait acquis par eux[2]. C'est aussi à peu près ce que pensaient les jurisconsultes romains, qui considéraient le chef de la famille comme l'administrateur du patrimoine commun, et qui voyaient dans l'hérédité plutôt une continuation par copropriété qu'une acquisition nouvelle[3].

On a dit encore, non sans raison, que le père,

[1] *Sic* Blackstone, liv. II, ch. 1; — Krug, *Dikæologie*, p. 123; Gros, *Lehrbuch*, § 171.

[2] Linguet, *Théorie des Lois civiles*, t. II, p. 100.

[3] L. XI, *de Lib. et Post.*, ff.

en donnant le jour à ses enfants, s'oblige à leur procurer des moyens de subsistance; qu'il n'est pas possible de séparer de lui ces mêmes enfants pendant leur jeunesse; et qu'il ne serait pas juste, après qu'ils ont pris dans sa maison des habitudes d'aisance et de luxe, de les priver soudain de toute fortune à sa mort[1].

Enfin, et c'est le point de vue qui se rapproche peut-être le plus de la vérité, l'on a prétendu fonder le droit de succession sur l'affection présumée du défunt, d'après ce principe, que tout homme a le droit de disposer de ses biens, et que si les évènements l'ont empêché de le faire, il est juste que la loi les distribue comme il aurait désiré probablement qu'ils le fussent[2].

Tous ces motifs, on doit le reconnaître, peuvent manquer dans une hypothèse donnée. Il peut se rencontrer des enfants haïs de leur père, n'ayant jamais habité avec lui, ne l'ayant jamais connu. Dira-t-on, dans ce cas, que le droit naturel veut qu'ils soient héritiers? Peut-être que non. Mais ce n'est pas pour les exceptions que les lois sont faites : et si l'on réunit tous les motifs exprimés plus haut; si l'on y ajoute que la transmission des biens dans les fa-

[1] Je ne dis pas, comme Wolf, que le droit de succession est fondé sur l'obligation du père de *promouvoir autant que possible la fortune de ses enfants* (Inst. Jur. nat., n° 921) : car cette prétendue obligation serait tout au plus un devoir de morale, qui n'a rien à faire avec le droit.

[2] Grotius, lib. II, ch. 7, n° 3.

milles a une tendance évidente à faire de bons citoyens ; qu'elle met les passions d'accord avec le devoir; qu'elle excite l'homme au travail et à l'économie, en lui donnant l'assurance que le fruit de ses labeurs ne périra pas avec lui : l'on se convaincra que la loi des successions est aussi nécessaire qu'elle est universelle.

Cependant c'est précisément du côté des successions que ceux qui ont réclamé de nos jours l'abolition de la propriété ont dirigé leurs attaques : et cela était naturel, parce que ce mode d'acquérir montre un grand bénéfice réalisé sans peine. Il ne faut pas croire, du reste, que les philosophes contemporains aient inventé ces attaques, qu'on trouve déjà dans les mêmes termes chez ceux du siècle dernier :

« Un homme qui a terminé sa carrière peut-il avoir des droits? En cessant d'exister, n'a-t-il pas perdu toutes ses capacités? Le Grand Etre, en le privant de la lumière, ne lui a-t-il pas ôté tout ce qui en était une dépendance? et ses volontés dernières peuvent-elles avoir quelque influence sur les générations qui suivent? Non. Tout le temps qu'il a vécu, il a joui et dû jouir des terres qu'il cultivait. A sa mort, elles appartiennent au premier qui s'en saisira et qui voudra les ensemencer. Voilà la nature....

» Entre les différentes institutions possibles sur l'héritage des citoyens après leur décès, il en est une qui trouverait peut-être des approbateurs : c'est

que les biens des morts rentrassent dans la masse des biens publics, pour être employés d'abord à soulager l'indigence; après l'indigence, à rétablir perpétuellement une égalité rapprochée entre les fortunes des particuliers, et, ces deux points importants remplis, à récompenser les vertus, à encourager les talents [1]. »

Cette rêverie de Raynal, qui a fait le fond des prédications saint-simoniennes, sans qu'on y ait beaucoup ajouté, aurait le triple inconvénient d'être injuste à l'égard du père, injuste à l'égard des enfants, nuisible à la société en général. On peut ajouter qu'elle serait difficilement praticable. C'est ce que j'essaierai de faire sentir en peu de mots.

La famille de l'homme, c'est l'homme lui-même. Il s'identifie avec ses enfants. Un sentiment plus fort que toutes les lois le porte à se préférer, lui et les siens, à tout le reste de ses semblables. Otez-lui l'espérance de leur transmettre son patrimoine: vous violerez en lui le sentiment de la propriété autant et plus que si vous lui retranchiez la moitié de ce qui lui appartient.

De quel découragement une loi pareille va le frapper! Croit-on qu'il se livrera au travail avec la même ardeur, qu'il conservera l'esprit d'ordre et d'économie, qu'il ne s'endormira pas dans l'indolence, qu'il ne dissipera pas son capital dans les

[1] Raynal, *Histoire philosophique des Etablissements des Européens dans les deux Indes*, t. VIII, liv. VI, p. 245-247.

débauches, quand il saura que son épargne est destinée à grossir ce dont les hommes prennent le moins de souci, je veux dire le trésor public!

Vis-à-vis les enfants, cette loi n'est pas plus juste. A moins de scinder la famille, ils seraient élevés dans la maison de leur père, au milieu de l'opulence; ils y prendraient les goûts et les assujettissements du luxe, et, lui mort, ils se trouveraient réduits au travail de leurs bras. Ces catastrophes douloureuses, qui précipitent quelquefois une famille aisée dans la misère, seraient alors le spectacle qu'on aurait chaque jour sous les yeux.

Ce n'est pas tout. Jamais la loi qui supprimerait les successions ne paraîtrait aux hommes assez juste pour qu'ils désirassent s'y soumettre. Tout propriétaire achèterait sous le nom de ses enfants; il vendrait fictivement à des tiers, avec clause de fidéicommis; il s'empresserait, en vieillissant, de réaliser sa fortune en espèces, afin de la transmettre de la main à la main à l'héritier qu'il choisirait; et le résultat le plus certain de la loi serait de provoquer à la fraude, c'est-à-dire à la démoralisation publique.

Le seul remède à cette fraude serait de priver l'homme du droit de disposer, du droit de vendre, du droit de donner : remède aussi injuste que violent, puisqu'on dépouillerait le propriétaire de l'exercice d'un droit naturel inhérent à la propriété. La société, d'ailleurs, en porterait la peine : car l'effet immédiat d'une pareille mesure serait de paraly-

ser le commerce et les échanges, et d'arrêter l'essor de l'industrie. On peut hardiment prédire que le corps politique soumis à ce régime tomberait bientôt dans un marasme précurseur de son anéantissement.

Les sectes philosophiques, qui ne reculent devant aucune mesure extrême, ont lié le système de l'abolition des successions à l'abolition de la propriété, et, afin d'empêcher les pères de thésauriser pour transmettre en fraude à leurs enfants, elles ont franchement décrété la suppression de toute espèce de monnaie. Les communistes n'ont pas dit s'ils supprimeraient aussi les diamants, les bijoux, et les autres objets précieux. Probablement, dans une société perfectionnée, ces colifichets seraient l'objet du mépris public. Et c'est cet état de choses, c'est un régime dans lequel on serait obligé de se priver des signes monétaires, qu'on prétend présenter comme un progrès de la civilisation.

Si les lois ne doivent pas s'incliner devant toutes les faiblesses des hommes, elles ne peuvent pas non plus heurter tous leurs sentiments, froisser tous leurs instincts, surtout quand ces sentiments sont honorables, quand ces instincts sont légitimes. La loi abolitive de l'hérédité ne peut se concevoir qu'en détruisant la famille. C'est aussi la première condition des novateurs, avec leurs plans d'éducation en commun et de promiscuité des sexes, afin que les enfants ne puissent connaître leurs pères. D'aussi monstrueuses combinaisons condamnent suffisamment les systèmes qui osent les produire.

Il faut conclure de là que si les successions n'appartiennent pas au droit naturel nécessaire, elles sont du moins tellement du droit de la raison, que l'on conçoit difficilement un état social où elles n'existeraient pas.

CHAPITRE II.

Législation comparée.

La loi des successions est si importante, qu'il ne sera pas inutile de retracer en peu de mots son organisation chez les principales nations qui ont marqué dans l'histoire. Nous examinerons d'abord à ce sujet le droit des peuples anciens, puis celui des diverses législations contemporaines.

§ I.

Droit ancien.

I. *Système indien.* — La succession appartient d'abord aux fils, par exclusion des filles; à défaut de fils, aux petits-fils ou aux arrière-petits-fils, sans que jamais le droit de succession s'étende au-delà du troisième degré : ce qui tient à ce que la successibilité est liée à l'obligation d'honorer les manes des ancêtres par certains sacrifices, lesquels eux-mêmes cessent d'être

obligatoires passé le troisième degré [1]. Les fils doivent continuer de vivre avec leur mère, et lui laisser l'administration du patrimoine jusqu'à sa mort, époque à laquelle ils peuvent demander le partage [2].

Un simple précepte religieux attribue à l'aîné un préciput du vingtième, sans qu'il ait d'action en justice pour l'exiger si ses frères s'y refusent, au moins dans l'état actuel des choses [3].

S'il n'y a pas de descendance mâle, la succession appartient à la femme survivante; à son défaut, aux filles ou aux fils des filles au premier degré seulement. S'il n'en existe pas, le père du défunt, et après lui la mère, sont appelés; et enfin les biens passent en collatérale aux frères et à leurs descendants [4].

Ces règles, qui remontent à l'antiquité la plus reculée, sont encore appliquées aujourd'hui dans les possessions anglaises de l'Inde.

II. *Système hébraïque.* — Les fils excluent les filles, et parmi eux l'aîné a double part [5]. A défaut de fils, Moïse appela les filles, en réformant l'ancienne coutume, qui les excluait tout-à-fait [6]. S'il n'existe pas de filles, la succession est dévolue aux frères du défunt, et, à leur défaut, aux frères de son père [7]. La

[1] Gans, *Erbrecht*, t. I, p. 80.
[2] *Lois de Manou*, liv. IX., v. 104.
[3] Mill's *History of British India*, t. I, p. 147.
[4] *Lois de Manou*, liv. IX, v. 185 et suiv.
[5] *Deutéronome*, XXI, 15-16.
[6] V., dans les *Nombres* (XXVII, 1), les plaintes des filles de Zelophad, qui le déterminèrent à ce changement.
[7] *Nombres*, XXVII, 8-9.

loi ne parle pas du père lui-même, probablement parce que, tant qu'il existe, l'enfant ne peut rien acquérir en propre, à cause de la puissance paternelle; et, de fait, il n'est jamais parlé dans la Bible du pécule des enfants.

Ces préceptes, les seuls que Moïse eût tracés, furent développés par les docteurs dans le Talmud, où ils prirent la forme d'un système successoral complet. L'idée fondamentale en est qu'à défaut de descendance, l'hérédité appartient au père, et à son défaut à ses descendants; puis au grand-père et à ses descendants, et ainsi de suite, en remontant toujours. La parenté par les femmes n'est pas comptée, et par conséquent la mère ne succède jamais, ni aucun des parents maternels, quoique cependant les enfants héritent de leur mère [1].

III. *Système grec.* — Les savants ne sont pas d'accord sur le mode de succession des Athéniens, quoique Démosthènes nous ait transmis le texte principal de leurs lois sur cette matière [2]. Sans entrer dans des controverses dont la place n'est pas ici, il est du moins certain que les enfants mâles excluaient les filles; que celles-ci, lorsqu'elles étaient seules, héritaient sous le nom d'*épiclères*, mais d'une manière tout-à-fait passive; c'est-à-dire qu'elles appartenaient, avec la succession, au plus proche parent paternel; que ce dernier avait une action pour réclamer sa pa-

[1] Maimonides, *Hilchoth Nachaloth*, c. 1, § 2, § 6.
[2] Demosth. *adv. Macartatum*, iv, 170.

rente, avec laquelle il était marié de plein droit, eût-elle même contracté un autre mariage, lequel se trouvait dissous : tant la loi politique froissait toute justice et tous sentiments naturels, pour conserver les biens dans les familles, et par-là les familles elles-mêmes.

A défaut de descendance, il y a controverse pour savoir si les ascendants avaient ou non un droit de succession[1]. Les collatéraux par le père obtenaient la préférence sur ceux du côté maternel, mais sans qu'on sache au juste jusqu'à quel degré ils avaient le privilége de les exclure[2].

IV. *Droit romain.* — On a déjà vu paraître dans les législations précédentes l'idée d'une famille *agnatique* différente de la *cognation* ou de la parenté naturelle. Cette idée se forme plus complètement dans le droit romain, où la successibilité ne repose plus sur le lien du sang, mais sur des rapports factices dérivant de la loi civile.

L'état romain primitif n'était qu'une confédération de familles dont la loi voulait avant tout assurer la perpétuité. On n'entendait par famille que les individus soumis à la puissance paternelle du même ascendant, ce qui excluait nécessairement tous les parents par les femmes, puisque les enfants d'une femme naissaient sous la puissance de leur père,

[1] Bunsen, *de Jure Hæredit. Athen.*, p. 21, 26, etc. Gans, *Erbrecht*, t. I, p. 364 et suiv. Le premier admet la succession des ascendants, que le second conteste.

[2] *Ibid.*

tandis que cette femme elle-même restait sous la puissance du sien, et par conséquent dans une autre famille que celle de son mari et de ses enfants.

Les parents membres de la même famille civile, s'appelaient agnats; les autres, cognats; la mère était cognate de ses enfants, mais elle n'était pas leur agnate.

Or le droit successoral des Romains appelait en premier lieu les enfants placés sous la puissance du défunt, puissance qui ne finissait qu'à sa mort. A leur défaut, le plus proche agnat succédait.

Il ne pouvait y avoir de succession des ascendants, puisque tous les biens acquis à l'enfant appartenaient à son père ou à son aïeul, à cause de la puissance paternelle.

Plus tard, il est vrai, on mitigea la rigueur de ce droit primitif, surtout en accordant le droit de succession à certains cognats, tels que la mère et ses enfants; mais ce fut seulement sous les empereurs que ces réformes s'opérèrent. Auparavant, la loi civile n'admettait pas de successibilité entre eux, parce qu'ils n'étaient pas de la même famille.

Telle fut l'idée dominante du droit romain: système injuste, égoïste, modifié peu à peu par les préteurs, amendé par les constitutions impériales, mais qui ne succomba définitivement que du temps de Justinien, à qui l'on dut d'établir un ordre de succession fondé sur la seule proximité du degré, sans privilége de sexe ni de primogéniture, et assez analogue à celui qui tend à s'introduire chez les nations modernes.

V. *Système du Koran.* — Après le droit du Bas-Empire se place, dans l'ordre des dates, celui du Koran, qu'on pourrait classer aussi parmi les législations contemporaines, puisqu'il est encore en usage chez les nations mahométanes.

L'esprit du mahométisme est un esprit pieux et charitable; ses premiers préceptes sont d'aider les malheureux et d'honorer le lien de la parenté. On dirait que le Prophète obéissait à cette pensée, en distribuant la succession, comme une aumône, au plus grand nombre possible de parents.

Ce système se distingue par une très-grande complication, n'attribuant jamais la succession à un seul ordre d'héritiers, mais en appelant concurremment plusieurs, qui partagent dans des proportions différentes selon les cas[1].

Les docteurs mahométans distinguent d'abord les ayants-part des héritiers : les premiers ont droit à une quotité fixe qu'ils prélèvent; les seconds gardent ce qui reste, quand les premiers sont satisfaits.

Ainsi les enfants mâles sont les premiers héritiers, avec cette singularité, que la représentation n'est pas admise, et qu'un fils exclut le fils de son frère prédé-

[1] Les passages du Koran relatifs aux successions sont les suivants : Sura II, v. 181-183; Sura IV, v. 6-10; Sura IV, v. 174, 175. Mais les docteurs musulmans ont beaucoup écrit sur cette matière, qu'ils appellent la moitié de la jurisprudence, parce que, disent-ils, la moitié de la destinée de l'homme est dans la vie, et l'autre moitié dans la mort.

cédé. Les fils d'une fille n'ont également de droit que dans la famille de leur père.

Mais avec les fils du défunt, concourent différents parents comme ayants-part, notamment son père, qui enlève un sixième; la mère, qui a une part semblable; les femmes, à qui revient un huitième, quel que soit leur nombre. Enfin, les filles sont héritières au même titre que leurs frères, mais de telle sorte cependant qu'elles n'ont jamais que moitié de la part d'un descendant mâle.

N'existe-t-il pas de descendant mâle, le père devient héritier résiduaire, sans cesser d'être ayant-part; c'est-à-dire qu'il commence à prélever un sixième de la succession; la fille prend la moitié de ce qui reste; les femmes, un quart, la mère, un tiers, toujours de ce qui reste; et enfin le résidu revient au père, qui exclut les autres parents, et notamment les frères du défunt.

Le mari succède à sa femme comme ayant-part, pour la moitié si elle ne laisse pas d'enfants, et pour un quart si elle en a.

VI. *Système slave.* — Le plus ancien monument du droit slave est la Pravda ruska, qui, bien que remaniée aux XIIe et XIIIe siècles, remonte originairement à Jaroslav (1020). La famille slave apparaît comme étroitement unie sous la puissance du père, revêtu d'une autorité absolue. A sa mort, l'association ne se dissout pas; mais les enfants doivent continuer à vivre dans l'indivision avec leur mère, au décès de laquelle seulement ils peuvent partager les biens

communs[1] : système qui donne la main d'une part à celui de l'Inde, et d'autre part aux continuations de communauté de nos coutumes. Les mâles ont seuls le droit de succession. L'habitation paternelle est nommément assignée au cadet : phénomène bizarre, si contraire aux habitudes du moyen âge, et qui ne se retrouve que dans le pays de Galles en Angleterre, et, en France, dans quelques districts de la Bretagne. Le motif de ce privilége se rattachait-il à la possession, les aînés ayant pu quitter la maison paternelle pour former ailleurs un établissement? Ou bien prenait-il sa source dans une pensée d'équité, comme pour indemniser le cadet de ce qu'il avait été moins à charge à la famille?

Les filles n'avaient aucun droit de succession : leurs frères devaient seulement ou les nourrir ou les doter. Dans quelques pays (Lithuanie, Hongrie), la dot avait été fixée à un quart des biens pour toutes les filles, quel que fût leur nombre[2].

Ce n'est que plus tard qu'on reconnut aux filles le droit de succéder à défaut des fils et avant les collatéraux. Il faut venir jusqu'à l'Oulojénie (Code de 1649) pour trouver ce droit étendu aux descendants par les filles[3].

VII. *Système germanique ancien.*— L'esprit du droit germanique fut de préférer les fils aux filles. Le Grâgàs, la plus ancienne loi islandaise, exclut complè-

[1] Macieiowski, t. ii, p. 218.

[2] Ewers, *Ancien Droit des Russes*, p. 326; — Macieiowski, t. iv, p. 385.

[3] *Oulojénie*, ch. xvii, § 4.

tement les filles au profit des enfants mâles ; mais la loi de Magnus Lagabœtir ne donne plus aux fils qu'une part double. De même, en Suède, les femmes furent exclues complètement jusqu'à Birger Jarl (1266), qui leur donna un tiers pendant que les fils avaient les deux tiers, règle qui subsiste encore dans les campagnes, les villes ayant adopté depuis long-temps le partage par égalité [1].

Chez nous, l'ancienne coutume germaine des Francs Saliens, connue sous le nom de loi salique, laquelle resta en vigueur jusque sous la seconde race, n'excluait pas formellement les filles de la succession, comme le faisaient les autres lois barbares : elle déclarait seulement les femmes incapables de succéder à aucune partie de la terre salique, sans que les savants soient d'accord sur ce que c'était que la terre salique, pas plus que sur le point de savoir si les filles pouvaient concourir avec les mâles dans les autres biens [2].

Quand on demande pourquoi les intérêts des femmes sont ainsi sacrifiés, les glossateurs répondent que c'est qu'elles ne vont pas à la guerre et ne sont pas capables de venger les injures de la famille (*quia nec guerram facere, nec faidam lavare possunt* [3]).

[1] Stjernoeoek, p. 185; Kolderup-Rosenwinge, *Histoire du Droit danois*, p. 31.

[2] Eichhorn, *Histoire du Droit germanique*, § 65; — Pardessus, *Dissertations sur la Loi salique*, p. 719; — Lex salica, *de Alode*, tit. 62.

[3] Laboulaye, *Recherches sur la Condition civile des Femmes*, p. 228.

VIII. *Système des républiques italiennes.* — Quoique ayant conservé le droit de Justinien comme base de leurs lois, les républiques italiennes n'admirent point le principe d'égalité que ce droit avait consacré dans les successions. Les statuts des diverses villes eurent pour objet principal d'y déroger, surtout en haine des femmes, qui presque partout furent réduites à leur dot. On joignit à cela une défense absolue aux époux de s'avantager, afin que le mari ne pût pas même faire à sa femme la moindre donation ni le moindre legs [1]. Les cités les plus démocratiques se distinguèrent par le plus de rigueur. Les mères ne succédaient à leurs fils qu'à défaut de descendants, d'ascendants et de collatéraux [2]. Cette exclusion des femmes est encore aujourd'hui tellement dans les mœurs italiennes, qu'il n'est pas rare dans ce pays de trouver des hommes qui, bien que se faisant remarquer par les sentiments d'un libéralisme quelquefois exalté, n'en jugent pas moins ce système conforme aux règles de la plus stricte justice.

VIII. *Système français ancien.* — Les coutumes de l'ancienne France présentaient tant de diversité, qu'il est difficile de dire qu'elles avaient un système.

[1] C'était toujours l'influence du droit lombard, et par conséquent du principe germanique (*Leg. longob.*, II, 4, 3). Le statut de Rome allait si loin, qu'il annulait, nonobstant le droit canon, la donation faite à la femme, fût-elle même confirmée par serment (*Statut rom.*, ann. 1686, I, 140).

[2] Sclopis, *Storia della Legislazione italiana*, t. II, p. 129.

Cependant elles ont des tendances générales où s'empreignent l'esprit féodal et l'esprit de famille, qui furent les traits caractéristiques de la physionomie du moyen âge.

L'esprit féodal y introduisit généralement le droit d'aînesse, inconnu à presque tous les peuples anciens, et qui dut son origine à l'indivisibilité du service des fiefs, droit contraire à la nature, qui s'atténua à chaque réforme des lois, et qui avait fini par ne plus conférer qu'un privilége insignifiant.

Les substitutions et les majorats, établis par la volonté de l'homme, favorisaient également l'orgueil aristocratique, en rendant les biens inaliénables dans les familles.

Les filles étaient sacrifiées aux enfants mâles, comme dans la plupart des législations, et la possibilité de les faire renoncer à la succession de leurs père et mère quand on les mariait, réduisait encore la part que la loi leur avait attribuée.

L'esprit de famille se manifestait surtout par la règle *paterna paternis, materna maternis*, d'après laquelle il fallait rechercher l'origine des biens, pour les rendre à la branche de laquelle ils provenaient. De cette manière il y avait une succession aux acquêts et aux meubles, dévolus selon la proximité de la parenté, et une autre succession aux *propres*, c'est-à-dire aux biens de famille, qui appartenaient aux parents paternels s'ils venaient du père, aux parents maternels s'ils venaient de la mère.

La même pensée avait fait défendre à l'homme

de tester relativement aux propres, considérés plutôt comme le patrimoine commun de la lignée que comme celui de l'individu.

Et par la même raison, la loi avait organisé des retraits nombreux paralysant les aliénations même à titre commutatif, et permettant aux parents de se substituer à l'acheteur dans un certain délai, en lui remboursant le prix de la vente.

Tels étaient les principaux caractères de notre droit successoral pendant la période du moyen âge.

§ II.

Droit moderne.

En exposant maintenant l'esprit des législations contemporaines, nous n'avons pas l'intention de les passer toutes en revue, mais seulement de mentionner celles qui s'éloignent sensiblement de la nôtre, par laquelle nous terminerons.

Système russe. — L'époux survivant a droit de prélever le septième des immeubles et le quart des meubles. Chaque fille prend ensuite le quatorzième des immeubles et le huitième du mobilier. Les fils se partagent le reste par égales portions.

A défaut d'enfants, les ascendants ont un droit de retour sur les choses par eux données; mais ils n'héritent jamais des acquêts, dont ils ont seulement l'usufruit.

En collatérale, les plus proches parents succèdent. Néanmoins les sœurs sont exclues par les frères et par les descendants mâles des frères [1].

Système prussien. — La Prusse se distingue par le rejet de la représentation, loi aristocratique propre à concentrer les biens au lieu de les diviser : car elle donne tout au plus proche, à l'exclusion des enfants du prédécédé. — Les pères et mères y priment les frères et sœurs.

Système suédois. — En Suède il y a deux législations en toute chose : l'une pour les campagnes, empreinte des idées du passé; l'autre pour les villes, où les lumières ont fait plus de progrès. Ce contraste se fait sentir aussi dans les successions.

Ainsi, la loi des campagnes attribue aux fils les deux tiers, et aux filles un tiers seulement, tandis que dans les villes le partage égal est admis. De plus, les fils ne tirent pas au sort, mais ils choisissent les lots qu'ils veulent, en laissant les autres à leurs sœurs.

Les père et mère succèdent au préjudice des frères et sœurs, qui recueillent seulement la part que le prédécédé aurait eue. Le père a les deux tiers à la campagne, mais dans les villes il n'a que part égale [2].

Système anglais. — Les règles de la successibilité

[1] Code civil russe, art. 703 et suiv.

[2] Code suédois, tit. *des Successions*, ch. 2 et 3.

sont entièrement différentes en Angleterre, selon qu'il s'agit des meubles ou des immeubles.

Pour les meubles, le plus proche parent est désigné par la cour ecclésiastique comme *administrateur*, qualité qui lui donne la saisine du mobilier, en lui imposant l'obligation de faire inventaire, de donner caution, de vendre les meubles, de payer les dettes et legs, et de rendre compte. Après l'an et jour, il doit partager le résidu entre les divers ayants-droit. La veuve prélève un tiers; les enfants partagent sans distinction de sexe ni de primogéniture; s'il n'en existe pas, la veuve a moitié. Les ascendants excluent les frères et sœurs. Après eux, les plus proches parents sont appelés, avec droit de représentation à l'infini, et sans que la loi limite en aucune manière le degré auquel on peut succéder.

Pour les immeubles, les règles sont loin d'être aussi simples. La loi politique, faisant ici son apparition, n'accorde le titre d'héritier qu'à celui qui recueille la terre. Les premiers héritiers sont les descendants; mais avec cette limitation, que les hommes excluent les femmes, et que, parmi les enfants mâles, l'aîné exclut les cadets. S'il n'y a que des filles, elles partagent également[1].

Il y a peu d'années encore, à défaut de descendants, les immeubles passaient aux collatéraux, sans que jamais les ascendants pussent y succéder. C'é-

[1] Stephen's *New Commentaries on the Laws of England*, t. I, p. 369.

tait la règle *Feodum non ascendit*, fondée sur ce que le service du fief doit être fait par un soldat vigoureux, dont la vieillesse n'ait pas glacé le courage : car, en Angleterre, la féodalité fait encore le fond de la législation. Mais depuis quelques années, le droit de succession a été accordé aux ascendants, toujours sous la condition que la famille paternelle l'emporte sur la famille maternelle, et que, dans la même ligne, les femmes sont exclues par les hommes [1].

N'y a-t-il pas d'ascendants, ce sont les collatéraux qui recueillent, mais sans que l'on s'attache en ce cas à la proximité du degré. La loi veut que l'on considère non pas la parenté de l'héritier avec le défunt, mais sa parenté avec celui par qui l'immeuble est entré dans la famille. C'est le plus proche parent de cet acquéreur primitif qui est appelé; et si l'on ne sait plus par qui l'immeuble a été acquis, l'on considère comme tel le plus ancien de la famille connu pour l'avoir possédé. C'est le sens de la maxime *None shall claim as heir who is not of the blood of the purchaser* (personne n'a de droit comme héritier, s'il n'est du sang du premier acquéreur) [2].

Cette maxime a la même origine que la fameuse règle *Paterna paternis, materna maternis*, c'est-à-dire que son esprit est de faire retourner les biens à la famille de qui ils proviennent.

Système bernois. — La loi de la petite république

[1] V. les *Statuts* 3 et 4 de Guillaume IV, ch. 106, § 6.
[2] Tomlins, *Law Dictionary*, v° *Descent*.

de Berne mérite une mention spéciale, comme conservant un trait distinctif que nous avons déjà trouvé dans le droit indien et dans le droit slave. Ce caractère, qui témoigne d'une grande cohésion de la famille, consiste en ce que la succession n'est pas ouverte par la mort de l'un des époux; mais la famille reste unie et les biens indivis jusqu'au décès du survivant. S'il n'y a pas d'enfants, le conjoint est l'unique héritier; après lui, le père; à défaut de père, les frères et sœurs; et après eux, la mère [1].

Système espagnol. — L'Espagne, qui n'a jamais admis le droit romain, mais qui l'a copié plus que toute autre nation, a reproduit presque entièrement la novelle 118 de Justinien [2].

Système des Deux-Siciles. — C'est à peu près celui de notre Code civil.

Système sarde. — Le Code de Sardaigne est le Code français réformé dans les idées d'un despotisme intelligent. Les changements apportés au droit successoral sont significatifs. La part des filles est dévolue par subrogation à leurs frères, qui sont tenus seulement de leur rétablir en argent leur *légitime*, c'est-à-dire le *minimum* auquel la loi permet de réduire les enfants. On ne peut nier, du reste, que cette préférence des mâles ne soit, comme tradition du sol, profondément enracinée dans les mœurs italiennes, tellement que, sous nos yeux et sous la

[1] Code civil bernois, art. 517 et suiv.
[2] Sala, *Ilustracion del Derecho*, t. II, ch. 8, nº 4.

protection de nos lois, nous voyons, dans la Corse, les filles s'en tenir communément à la dot que leurs parents ont bien voulu leur constituer. Le Code de Sardaigne consacre le privilége du double lien en faveur des frères germains, afin de concentrer les biens dans le plus petit nombre de mains possible; et peut-être aussi a-t-il supprimé dans le même but la division entre les deux lignes, admise par la loi française. Les père et mère, en concours avec des frères et sœurs, partagent avec eux par tête; mais s'il n'y a que des sœurs, les père et mère prennent toute la succession[1].

CHAPITRE III.

Réflexions générales sur le chapitre précédent.

Lorsqu'on réfléchit aux faits divers qui viennent d'être mis sous les yeux du lecteur, on reconnaît que la loi, en réglant le mode de succession, a obéi tantôt à l'esprit d'égoïsme qui se traduit toujours en droit du plus fort, tantôt à l'esprit de famille, tantôt à l'esprit politique, tantôt enfin, mais tardivement, à l'esprit rationnel, qui est l'esprit de justice.

C'est le droit du plus fort qui presque partout a fait exclure les filles au profit des fils, ou du moins

[1] Code sarde, art. 942 et suiv.

ne leur a fait attribuer qu'une part moindre. En vain dit-on que là où le pouvoir social ne protège pas suffisamment les individus, là où la société vit d'une existence inquiète et militaire, il est juste que le patrimoine de la famille soit attribué à ceux qui peuvent la protéger. Cet état de choses est lui-même l'œuvre de la force, et non de la raison. Cependant l'exclusion des filles est encore aujourd'hui tellement dans les préjugés de certains peuples, qu'ils ne peuvent expliquer l'égalité que nous leur accordons que par nos croyances religieuses[1].

L'esprit de famille est celui qui a le plus influé sur le droit de succession, basé lui-même sur le lien de famille. Cet esprit s'est révélé sous des formes diverses selon les époques. Il conseilla aussi l'exclusion des filles, qui ne portent pas le nom des ancêtres, qui entrent par leur mariage dans une maison étrangère, et qui tendent toujours à faire passer leurs biens à leurs enfants, c'est-à-dire à la race de leur mari. Il y eut toutefois cette différence, que dans l'antiquité il revêtit une forme plus politique, la famille n'étant guère considérée que comme une sub-

[1] Sir Alexandre Burnes, assassiné à Caboul le 2 novembre 1841, conversant un jour avec le shah Dost-Mohammed, qui périt de la même manière en 1843, lui apprit que les filles avaient en Angleterre une certaine part dans l'avoir de la famille. Le prince indien, frappé d'étonnement, ne put se rendre raison de cet usage qu'en l'attribuant au respect des chrétiens pour la Vierge (*that it must have originated from the respect paid by christians to the virgin Mary*). V. les Mémoires posthumes de Burnes, publiés à Londres par son fils, en 1842.

division de l'Etat, qu'il importait de maintenir; tandis que dans le moyen âge, l'esprit chrétien et domestique envisageait davantage le lien moral de la parenté, la nécessité de resserrer le cercle des proches autour du foyer paternel, et de perpétuer les affections de l'homme à la terre, dont l'influence est si moralisante. C'est ainsi que chez nos pères la vieille souche familiale s'attachait au sol d'une manière impérissable, et les retraits lignagers, les légitimes, les réserves coutumières, étaient comme les racines par lesquelles elle s'y cramponnait.

Ce système fut respectable; il se proposait un but moral, et l'atteignit souvent. On lui reprochait de compliquer les successions et de multiplier les procès, reproche qui prouve seulement que les lois n'étaient pas clairement faites. Ce qui le fit succomber, ce fut plutôt sa liaison avec un ordre politique dont le temps était accompli; ce fut le progrès qu'avaient fait les idées économiques et l'esprit commercial, dont la tendance est d'isoler l'homme de ses proches, de le détacher de la propriété foncière devenue un pur instrument de spéculation, de lui inspirer avant tout le désir de l'argent, et par-là d'éteindre en lui le sentiment de la famille.

Les idées politiques s'emparèrent toujours de la loi successorale pour agir sur la société, tantôt dans un sens, tantôt dans un autre. C'est la politique qui inventa le droit d'aînesse, les majorats et les substitutions, favorables à l'orgueil nobiliaire. C'est elle qui, d'autres fois, d'accord avec la justice, conseilla

de rétablir l'égalité. La politique n'a pas d'instrument plus énergique que les successions pour agir sur le moral des grands corps nationaux.

Si l'on suppose un moment un peuple engourdi dans l'indifférence de ses droits, sourd à la voix des arts et à toutes les nobles pensées, habitué au contraste de la misère générale et du faste de quelques-uns, je ne connais pas de moyen plus propre à lui rendre l'énergie vitale que de rétablir chez lui le partage égal des biens entre tous les enfants. Sous ce dissolvant actif, les grands patrimoines tomberont peu à peu dans le domaine public; avec la propriété, une nouvelle vie circulera dans le corps social, y répandra l'esprit d'égalité, le besoin de l'instruction, l'instinct de l'ordre, et l'ambition d'une position indépendante. Heureux si ce grand diviseur qui morcelle continuellement les fortunes, n'entraîne pas à son tour des dangers, en réduisant la propriété foncière en parcelles infinitésimales, au préjudice de l'agriculture!

Ce n'est pas cependant qu'il faille rien exagérer. On trouve des nations qui montrent peu d'empressement pour les libertés publiques, bien que la loi du partage égal y soit établie. Il en est d'autres, comme l'Angleterre, qui présentent le phénomène du droit d'aînesse implanté au milieu des institutions libérales. Rien dans la vie des peuples ne tient à une cause unique, et l'influence la plus puissante peut être neutralisée par d'autres en sens contraire. C'est ce que nous examinerons tout-à-l'heure, en pe-

sant les mérites relatifs des deux systèmes. Si un peuple ne jouit ni de la liberté de la presse ni de garanties politiques, la division des fortunes opèrera plus lentement. Si, au contraire, le régime constitutionnel y est ancien, le droit d'aînesse tout seul ne rétablira pas l'absolutisme, surtout s'il ne porte que sur les biens fonds, comme chez les Anglais; mais il maintiendra long-temps l'esprit aristocratique, si vivace chez cette nation.

Une autre cause rentrant dans les influences politiques, est l'esprit économique, qui ne date que d'hier, mais qui commence à s'introduire aussi dans les institutions. C'est cet esprit qui chiffre tous les résultats, qui interroge en tout l'utilité matérielle, et qui, au moins, a sur la politique pure l'avantage de se préoccuper de l'intérêt du plus grand nombre.

Quoi qu'il en soit, toutes ces causes ne sont pas la justice; elles tendent plutôt à en détourner le législateur. Il est presque impossible qu'elles n'exercent pas sur lui un empire puissant, suivant les idées qui dominent. Cependant, n'y a-t-il pas un système plus équitable que l'autre? La société, en décrétant la dévolution des biens, fait-elle le juste et l'injuste à sa guise? ou bien, si l'on trouve cette question trop abstruse dans sa généralité, n'y a-t-il pas au moins, dans l'état actuel de l'Europe, des règles, un principe rationnel, auquel il soit possible de s'arrêter en cette matière? Quel doit être ce principe, base du droit de succession?

Les systèmes politiques sont trop variables pour

qu'on puisse les considérer comme l'expression de la vérité. Il serait à désirer, au contraire, que les lois civiles en devinssent de plus en plus indépendantes : car il n'est pas clair que le patrimoine des familles soit au service des idées plus ou moins aristocratiques, plus ou moins libérales qui inspirent un jour le pouvoir, et qui, le lendemain, font place à des idées contraires.

Le droit de la force a fait son temps, et personne aujourd'hui ne pense à l'invoquer.

Le désir de conserver le bien des familles, et par-là d'en cimenter la cohésion, est une pensée plus grave, qu'il faut être circonspect à blâmer là où elle imprime encore son cachet aux institutions.

Mais là où l'esprit de famille est éteint, ce serait peut-être une entreprise surhumaine que de vouloir le rétablir par des articles de loi. Quelque naturel qu'il soit de considérer le bien que nous ont transmis nos pères comme celui de nos enfants, l'homme s'isole chaque jour davantage; sa personnalité se dessine mieux, à mesure qu'il trouve dans la société un protecteur qui rend la confédération domestique moins nécessaire. La famille aujourd'hui ne se compose plus que des ascendants et des descendants ; en ligne collatérale, passé le degré de frères et sœurs, la parenté n'existe plus guère que sur le papier.

Dans cet état de choses, il semble qu'un seul principe doive guider le législateur quand il trace la loi des successions : c'est de suivre l'affection présumée du défunt; c'est de distribuer ses biens comme il

l'aurait fait lui-même : principe respectable et moral, que les auteurs du Code civil ont eux-mêmes arboré[1], quoique sans y rester toujours fidèles. Nous ferons seulement à ce sujet les remarques suivantes.

Si c'est la volonté présumée de l'homme que la loi s'applique à développer, il s'ensuit que sa volonté expresse devra toujours passer la première : en d'autres termes, il n'y aura lieu à la succession légitime que s'il n'existe pas de testament.

L'affection présumée de l'homme ne doit être consacrée qu'autant qu'elle est conforme aux règles de la morale.

On ne conclura pas du principe ci-dessus posé que tout le patrimoine doive être nécessairement attribué à la personne que le défunt est censé avoir aimée le mieux : car le cœur de l'homme n'est pas si exclusif. Au contraire, il distribue d'ordinaire ses bienfaits en degrés inégaux à ceux qu'il aime à des degrés inégaux.

Enfin, en cette matière comme dans toutes celles où la loi suit la probabilité, elle ne statuera que lorsque la probabilité sera assez grande. Quand les chances *pour* seront balancées par les chances *contre*,

« [1] Il importe, disait l'un des orateurs du gouvernement (M. Treilhard), de se pénétrer de toutes les affections naturelles et légitimes, lorsqu'on trace un ordre de succession. On dispose pour ceux qui meurent sans avoir disposé. La loi présume qu'ils n'ont eu d'autre volonté que la sienne. Elle doit donc prononcer comme eût prononcé le défunt lui-même, s'il eût pu ou voulu s'expliquer. »

elle fera mieux de ne pas déférer la succession, ce qui s'appliquera surtout aux degrés éloignés de la parenté collatérale, où d'ordinaire l'affection a disparu tout-à-fait.

Après avoir posé ces principes, j'essaierai maintenant de rechercher comment, d'après la justice, les successions doivent être dévolues aux diverses espèces d'héritiers.

CHAPITRE IV.

De la Succession des Descendants, et en particulier du Droit d'aînesse.

Tous les motifs sur lesquels repose le droit d'héritage, obligation naturelle, affection présumée, désir de perpétuer les familles, concourent à faire désigner les descendants comme premiers héritiers. Aussi, au milieu de la variété que présentent les diverses législations, aucune, je crois, ne s'est écartée de ce principe.

Si les descendants sont tous au premier degré, ils succèdent tous à la fois. S'ils sont en degrés inégaux, les plus éloignés ne succèdent qu'autant que leur père n'existe plus et qu'ils peuvent le représenter.

Cette succession, la plus simple de toutes, présente cependant une grave question, celle du droit d'aînesse ou du partage égal. Non pas qu'à notre sens il y ait lieu d'hésiter entre les deux systèmes : mais comme le droit d'aînesse existe chez certains

peuples distingués par leur civilisation et même par leurs institutions libérales; comme on voit, en Angleterre par exemple, des publicistes de l'opinion la plus avancée combattre le régime de l'égalité comme devant entraîner les plus fâcheux effets, au moins dans son application aux biens immobiliers, j'ai cru devoir examiner ici les motifs de leur conviction, quelque peu probable qu'il soit qu'elle trouve de l'écho en France.

Les motifs invoqués à l'appui du système qui donne toute la fortune immobilière à l'aîné, peuvent se réduire aux raisons suivantes :

Lorsque tous les enfants savent qu'ils auront une part égale du patrimoine paternel, ils s'endorment dans une indolence funeste à l'esprit d'industrie et au talent; tandis qu'au contraire, quand ils n'ont à compter que sur eux-mêmes, le sentiment du besoin stimule leur activité.

Le frère aîné, qui recueille la masse de la fortune, est derrière eux comme un bailleur de fonds, qui les aide dans les circonstances difficiles. Ils sont ainsi dans la position la plus favorable, n'éprouvant ni les inconvénients d'une fortune toute faite, ni le découragement que fait naître le manque d'appui.

Le grand argument, d'ailleurs, contre le partage égal est l'extrême division de la propriété qui en est la suite; division funeste à tous égards sous le rapport économique, et parce qu'elle paralyse toute amélioration agricole, et parce qu'elle favorise la multiplication de la population avec une rapidité

qui ne laisse en perspective que la misère générale.

Enfin, on objecte que, les successions n'étant pas de droit naturel, il appartient à la loi positive de les déférer à sa guise, et que les puînés ne peuvent se plaindre de ce qu'on les écarte pour donner tout à l'aîné, quand l'intérêt de la société paraît le commander ainsi [1].

Commençons par répondre à cette dernière considération, que, lors même qu'il serait vrai qu'on pût priver les enfants de la succession de leur père sans injustice, ce que nous n'admettons pas en thèse générale, il n'en faudrait pas moins de puissants motifs pour rompre l'égalité entre eux. Là où les mérites sont les mêmes, les droits sont égaux, et la justice nous fait haïr un privilége que le hasard seul confère. Or, quels sont les motifs sur lesquels on s'appuie ?

C'est d'abord l'utilité même des enfants déshérités. La nécessité, qui est mère d'invention, l'est aussi de talent et de travail. Ce puissant mobile, en les rendant entreprenants, en fera de grands commerçants, de grands avocats, de grands navigateurs, de grands capitaines.—On serait presque tenté, dès-lors, de plaindre le sort de l'aîné, privé, par sa fortune, de tant d'avantages. Si la pauvreté est bonne à tant de choses, il faudrait conclure, non pas au droit d'aî-

[1] V. en ce sens un article remarquable dans la *Revue d'Edimbourg*, recueil d'un libéralisme connu (vol. XL, p. 351).

nesse, mais à l'abolition du droit d'hérédité, afin d'activer d'autant plus l'industrie.

Le palliatif dont on use, en représentant l'aîné comme prêt à tendre la main à ses frères et sœurs pour faciliter leur essor dans le monde, est fort bon sur le papier. Mais ceux qui tiennent ce langage se soucieraient peu sans doute qu'on leur prît ce qui leur appartient, sous prétexte qu'on leur en rendra une partie à titre de bienfaisance. Et si le frère favorisé se montre dur, égoïste ! chacun préfère avec raison, dans l'intérêt de sa propre dignité, n'avoir à solliciter de secours de personne.

Trompés par des relations mensongères, les publicistes étrangers se figurent la division de la propriété comme engourdissant l'homme dans une médiocrité qui tend à devenir de la misère. Il est cependant remarquable que l'élan industriel de la France date précisément de l'époque où les fortunes se sont nivelées. Est-ce que, dans nos campagnes, les fils des cultivateurs ne cherchent pas à s'élever au-dessus de la condition de leur père? ou ne serait-ce pas plutôt de la tendance contraire, de l'ambition de devenir des citadins, qu'il y aurait lieu de se plaindre?

Au surplus, ces divers motifs sont insuffisants pour expliquer le droit d'aînesse. Ce qui le démontre, c'est que, en Angleterre, il ne s'exerce pas sur tout le patrimoine, mais seulement sur les biens-fonds. Le seul prétexte plausible de ce droit, le seul qui puisse faire impression sur l'esprit, est dans la

raison d'économie politique, c'est-à-dire dans le danger du morcellement excessif de la propriété foncière. Il y a, en effet, là quelque chose de très-sérieux qui doit appeler l'attention.

La constitution de la propriété, en Angleterre et en France, offre un immense contraste dont les effets demandent à être étudiés. En France, on compte 123 millions de parcelles d'héritages réparties entre cinq millions de propriétaires. Pour l'Angleterre, sans avoir des chiffres aussi précis, il y a lieu de croire, d'après les calculs des statisticiens, que l'on compte un propriétaire riche sur 350 habitants, et que les petits propriétaires forment à peu près le 1/125me de la population. Suivant M. Moreau de Jonnès, en faisant abstraction des propriétés construites dans les villes, il n'y aurait en tout que trente-deux mille personnes possédant des terres, ce qui donnerait environ un propriétaire foncier sur 380 habitants. Le même auteur, pour donner une idée de la grandeur des domaines anglais, cite ce fait remarquable, que la route de Londres à Portsmouth, sur une longueur de 20 lieues, ne traverse que dix-sept propriétés [1].

[1] Moreau de Jonnès, *Statistique de l'Angleterre*, p. 131-139. Cet auteur donne ailleurs le tableau suivant de la proportion des propriétaires fonciers au nombre des habitants :

France.....	1 sur 2
Suisse et Pays-Bas...	1 sur 3
Italie.....	1 sur 6
Espagne.....	1 sur 7 1/2

Cette concentration des biens immeubles est due à plusieurs causes : à la loi du droit d'aînesse ; aux frais énormes qu'entraînent les aliénations, frais qui absorberaient la valeur d'un petit domaine. Mais, quel qu'en soit le principe, l'opposition entre le régime des deux pays est complète. Il importe d'en examiner les résultats au point de vue purement économique, quoique nous soyons loin d'admettre que cet ordre de considérations soit le seul dont on doive tenir compte dans l'appréciation des lois.

Le système de la grande propriété est plus favorable, sans aucun doute, à la production, en ce sens, que la même surface géométrique y occupe moins de bras pour rapporter davantage. On a calculé qu'un tiers seulement de la population anglaise se consacre à l'agriculture, et pourvoit à la subsistance générale ; tandis qu'en France les deux tiers à peu près sont occupés à la terre, pour ne produire qu'un léger excédant sur la consommation. Le morcellement de la propriété ne permet pas l'emploi des machines ; une ferme devient une ra-

Turquie.....	1 sur 10
Autriche.....	1 sur 14
Russie et Pologne...	1 sur 18
Allemagne.....	1 sur 40
Angleterre.....	1 sur 135

(*Statist. de l'Espagne*, p. 98.)

La différence de ce dernier chiffre avec celui rapporté ci-dessus, tient à ce qu'on a compté ici les propriétaires de maisons, beaucoup plus nombreux que les propriétaires ruraux.

reté, et, par suite, il y a impossibilité de se livrer à l'éducation des bestiaux, condition indispensable de prospérité pour l'agriculture.

Tout en reconnaissant ces inconvénients, il reste à savoir si le régime anglais n'en a pas d'autres qui les balancent. C'est un triomphe pour l'industrie, peut-être, que d'arriver au point où, avec six hommes et des machines, on exploite une lieue carrée d'étendue. Mais alors ceux que la terre n'occupe plus, sont obligés, pour vivre, de se jeter dans le travail des manufactures. Je suis porté, pour ma part, à croire que c'est un très-grand mal : car il n'y a pas de comparaison à faire entre les populations agricoles et les populations manufacturières, je ne dis pas seulement sous le rapport de la moralité, mais encore sous le rapport du bonheur domestique, de la paix et de la sécurité dans l'avenir.

Outre cela, le système de la grande culture amène de temps en temps des exécutions du genre de celle que fit la duchesse de Sutherland, lorsque, pour simplifier l'administration de ses domaines, elle expulsa quinze mille paysans des villages qui les avaient vus naître [1]. Cela s'appelle, en Angleterre,

[1] « Nous n'avons pas oublié ces prétendues réformes agronomiques par lesquelles la duchesse de Sutherland dépossédа 15,000 paysans de 794,000 acres de terre dont ils étaient en possession depuis un temps immémorial, les força d'abandonner leurs antiques foyers et leurs villages, qui furent démolis et brûlés : le tout afin de convertir leurs champs en pâturages plus productifs, et d'améliorer les races bovines et les laines des troupeaux. » TROPLONG, préface du *Traité du Louage*.

nettoyer un domaine (*clearing of an estate*). La petite propriété, il faut en remercier la Providence, ne nous a pas accoutumés à ces sortes de nettoyages.

Avec la petite propriété, on aura moins de luxe chez les grands, et moins de bien-être chez les entrepreneurs de culture; les domaines seront moins beaux à voir, le coup d'œil des villages moins coquet, le bétail surtout moins florissant; mais il y aura une aisance plus réelle chez les hommes, et surtout il y aura sécurité pour le propriétaire sur son petit héritage, d'où le caprice d'un grand seigneur ne pourra pas le chasser.

Le danger de la division du sol est aussi, dit-on, dans l'accroissement indéfini de la population; et, comme, d'un autre côté, la terre produira d'autant moins qu'elle sera plus morcelée, il arrivera une époque où les moyens de subsistance seront insuffisants. Pour donner une idée des exagérations que se permettent les Anglais à cet égard, voici le tableau que traçait de la France un voyageur anglais, il y a cinquante ans : « On arrive à la limite où la terre, cultivez-la comme vous voudrez, ne peut pas nourrir une bouche de plus. Quelle en est la conséquence? Elle est terrible. En persévérant dans ce système, on atteint bientôt la population de la Chine, où les cadavres corrompus des chiens, des chats, des rats, et toute espèce de saletés, sont recherchés avec avidité par des nuées de malheureux qui ne naissent que pour sentir la famine. Les pe-

tits héritages sans cesse partagés sont la plus grande cause de misère que l'on puisse concevoir; et ce mal a opéré en France à un degré tel, qu'il devient urgent d'y rendre une loi pour défendre de diviser les fonds au-dessous d'une certaine contenance [1]. »

Les lois sollicitées par Young n'ont pas été rendues : bien plus, la révolution est venue depuis augmenter le mal dont il se plaignait; et cependant nous n'en sommes pas encore aux prises avec la famine. On peut même dire que, s'il arrive à quelques malheureux de mourir de faim sur les routes, ce spectacle afflige plus souvent les yeux en Angleterre qu'en France.

Les faits, dont la logique est inflexible, montrent au contraire que la grande propriété est plus favorable que la petite à la multiplication de l'espèce, parce qu'elle rejette une grande partie de la population dans l'industrie, où la misère, le découragement et l'imprévoyance produisent leur résultat ordinaire. Aussi, dans les vingt années comprises entre 1815 et 1835, la population, en France, s'est accrue de 29 millions à 33 millions (14 pour 100); tandis que dans le même espace de temps, en Angleterre, elle a plus que doublé (de 12 millions à 25 millions) [2]. Les économistes anglais auraient donc

[1] Young, *Voyage en France*, t. I, p. 413.

[2] Rossi, *Cours d'Economie politique*, t. II, p. 60. — Dupuynode, *Etudes sur la Propriété territoriale* (*Revue étrangère*, t. IX, p. 875).

mauvaise grace à mettre leur système économique si fort au-dessus du nôtre.

On a quelquefois fait valoir une autre considération tirée des habitudes d'indépendance et de l'humeur turbulente des petits propriétaires, en prétendant que l'action du gouvernement en devenait de plus en plus difficile. Je me contenterai de répondre que les tendances inquiétantes qu'on a cru remarquer dans nos populations rurales tenaient sans doute à d'autres causes, et peut-être à leur fraîche émancipation aux droits politiques. Leur ardeur se tempèrera par l'usage même qu'elles en feront. Mais je croirais avec peine qu'il y ait plus de sécurité dans un état de choses où les uns ont tout et les autres rien, que dans celui où presque tous participent aux bénéfices de la propriété foncière. « La terre, disait un ancien, apprend la sagesse à celui qui la cultive [1]; » elle lui apprend aussi le respect du droit des autres, parce qu'il veut que le sien soit respecté. Plus il y a de propriétaires, plus il y a d'intéressés au maintien de l'ordre social. Aussi n'est-ce point dans les campagnes, mais dans les centres industriels, que se fomentent les insurrections, et que se propagent les doctrines du communisme.

Est-ce à dire cependant que ce qui existe en France ne présente aucun inconvénient? Je suis loin de le penser, quoique ce ne soit pas, sans doute, dans

[1] Xénophon, *Economique*, ch. 5.

le rétablissement du droit d'aînesse qu'il faille y chercher un remède.

Il y a, chez nous, un symptôme inquiétant dans cette *parcellation* du territoire, qui fait toujours de nouveaux progrès. Le nombre des fragments du sol atteint, comme on l'a vu, le chiffre de 123 millions. Un savant publiciste a prétendu démontrer que le mal avait trouvé son terme dans les dernières années, et que les propriétés tendaient plutôt maintenant à se reconstituer qu'à se subdiviser[1]. A vrai dire, une seule chose résulte de ses recherches : c'est que la progression du morcellement du sol marche moins vite que celle de la population. Mais cette progression n'est pas arrêtée; les héritages vont toujours en se divisant, et dans certaines localités les fonds d'un hectare deviennent des phénomènes.

Peut-être la loi pourrait-elle aider à la reconstruction des propriétés, en exemptant de tout droit les échanges qui auraient pour but de réunir des par-

[1] V. le Mémoire de M. Passy *sur la Division des Héritages et l'Influence qu'elle exerce sur la Distribution des richesses*, dans le deuxième volume des Mémoires de l'académie des sciences morales et politiques. M. Passy a observé que dans les vingt années comprises entre 1815 et 1835, le nombre des parcelles ne s'est augmenté que de 8/100, tandis que la population s'est accrue de 14/100; en 1815, il y avait 100 propriétaires fonciers sur 289 habitants; en 1835, il n'y en avait plus que 100 sur 305. Mais il ne paraît pas juste de conclure avec M. Passy que le morcellement du sol diminue, puisque au contraire le nombre total des parcelles a augmenté.

celles contiguës, ou bien en établissant des droits sur les partages, et en diminuant au contraire ceux qui frappent les soultes, c'est-à-dire en prenant le contre-pied de ce qui existe à présent : car, d'après la loi fiscale telle qu'elle est organisée, les copropriétaires ont tout intérêt à diviser les terres au lieu de les mettre dans le lot d'un seul. Peut-être aussi ferait-on bien de déclarer indivisible tout héritage au-dessous d'un certain minimum de contenance [1].

C'est par de tels moyens qu'il faut atténuer les inconvénients du système du partage égal, le seul juste, le seul compatible avec la paix des familles, le seul qui ne divise point par l'intérêt ceux que le lien du sang rapproche, le seul enfin qui soit praticable chez nous.

CHAPITRE V.

De la Succession des Ascendants.

« Il n'est pas dans l'ordre de la nature qu'un père ferme les yeux à son fils, disait l'orateur chargé de présenter le titre des successions au Corps législatif [2]; mais lorsque l'ordre de la nature est interverti, quel législateur pourrait enlever à un malheureux

[1] Le Code russe, art. 239, déclare indivisible tout héritage de huit désiatines (environ 109 ares); il faudrait, en France, une limite moins élevée.

[2] M. Treilhard.

père la succession de ses enfants? » Quoiqu'il eût été facile de prouver par des faits que cela était possible, et que cela existait même en Europe, ce langage n'en reposait pas moins sur la vérité et sur la nature[1].

Les ascendants peuvent venir à la succession de leurs descendants à deux titres distincts : comme donateurs, lorsqu'ils ont aidé par des libéralités à l'établissement de leurs enfants, circonstance très-habituelle; comme parents, c'est-à-dire en vertu du seul lien du sang.

Comme donateurs, ils ont droit de reprendre les choses par eux données ; succession fondée sur deux idées très-naturelles : car, d'une part, on doit toujours supposer qu'ils n'ont entendu se dessaisir qu'en faveur de leur lignée, et que, si cette lignée s'éteint, ils entendent se préférer à des étrangers; d'autre part, dans l'intérêt même des enfants, il fallait que ce droit fût écrit dans la loi, afin de ne pas détourner les ascendants de se dépouiller en leur faveur.

Quant à la succession purement légitime, il n'est pas douteux non plus qu'ils ne doivent y être appelés; mais il est douteux de savoir dans quel ordre ils viendront et avec quels parents ils concourront.

[1] A l'époque où le Code civil fut fait, les ascendants n'avaient pas de droit de succession en Angleterre.—*Id.* en Aragon (Asso y Manuel, t. I, p. 220). — En Russie, ils ne succèdent jamais qu'aux biens patrimoniaux; leur droit sur les acquêts se borne à un usufruit (Cod. civ., art. 706-711).

Les descendants les excluront sans doute, parce que l'affection dont ils sont l'objet ne se compare avec aucune autre.

Mais que décider s'ils concourent avec les frères et sœurs ?

Les législations qui ne considèrent que la proximité du degré, préfèrent les père et mère[1]; et de fait, en suivant la ligne de parenté, il faut passer par les père et mère pour arriver aux collatéraux. Mais on doit, ce me semble, approuver le système de notre Code, qui admet à concourir ensemble les frères et sœurs et les parents, parce que l'affection de l'homme se partage à peu près également entre eux.

Les frères et sœurs devront même exclure complètement les aïeux, parce qu'ils sont sans aucun doute l'objet d'une plus vive affection.

Que si, en l'absence de frères et sœurs, il y a des ascendants de différents degrés, par exemple un père et un aïeul maternel, la mère étant prédécédée, il semble, par la même raison, que le père doit seul hériter : car c'est à lui, selon toute probabilité, que l'enfant aurait donné son bien, s'il eût fait un testament.

Notre Code a un autre système, celui de la division du patrimoine en deux masses, une pour les parents paternels, une pour les parents maternels : de sorte

[1] C'est ce qui a lieu en Autriche (Code civil, art. 735). Ce système a aussi pour but de donner plus de ressort à la puissance paternelle.

que le parent le plus proche dans chaque ligne prend sa masse, mais sans que le plus proche dans une ligne exclue le plus éloigné de l'autre ligne. Un arrière-grand-père ou un arrière-petit-cousin du côté de la mère a donc autant que le propre père du défunt.

Ce système ne repose en réalité sur aucune idée rationnelle. La règle *Paterna paternis, materna maternis*, de notre ancienne jurisprudence, contenait au moins une pensée qui avait sa portée, celle de conserver les biens dans les familles. Mais tel n'est point le but des auteurs du Code civil, puisque, pour faire ce partage entre les lignes, ils ne se préoccupent pas de la provenance des biens. La ligne qui n'aura rien donné au défunt sera aussi avantagée que celle qui l'avait enrichi. Ces considérations de famille ont perdu de nos jours leur ancienne puissance. L'affection présumée est devenue le seul principe des successions : elle devrait donc faire pencher la balance en faveur de l'ascendant le plus proche, sauf à accorder aux autres une pension alimentaire s'ils se trouvaient dans le besoin.

CHAPITRE VI.

De la Succession des Collatéraux.

Parmi les collatéraux, la communauté d'éducation et d'habitation fait des frères et sœurs une classe

de parents à part; ils sont d'ailleurs les plus près en degré : ils doivent donc exclure tous les autres.

On a vu dans le chapitre précédent ce qui arrive en cas de concours des frères et sœurs avec les ascendants. Ils ont un droit égal à celui des pères et mères, mais préférable à celui des aïeux et aïeules. Entre eux, ils doivent partager par égales portions, sans admettre la préférence que tant de Codes consacrent en faveur du frère sur la sœur.

Si l'un des frères est prédécédé en laissant des enfants, ç'a été une question que de savoir si ces enfants pourraient représenter leur père. L'affection du frère pour son frère se reporte sans doute sur ses enfants, mais pas avec la même intensité. Cependant l'idée a prévalu dans nos lois de placer les descendants de frères et sœurs sur la même ligne que les frères et sœurs eux-mêmes.

Que décider, enfin, lorsqu'il y a des frères de diverses qualités?

On distingue des frères germains, des frères consanguins, et des frères utérins. Les premiers sont ceux qui ont le même père et la même mère; les frères consanguins ont le même père, mais sont de mères différentes; et enfin les frères utérins sont ceux qu'une femme a eus de deux maris différents.

Les législations varient sur le point de savoir si les frères germains doivent exclure les autres; ou, comme le disent énergiquement les Anglais, si le sang entier (*whole blood*) l'emporte sur le demi-sang (*half blood*).

En faveur du privilége qu'on réclame pour les frères germains, sous le nom de privilége du *double lien*, on peut alléguer, ce qui est vrai, que l'affection ressentie pour un frère germain est plus vive que celle que l'on a pour un frère d'un autre lit, placé dans une famille différente.

La loi française est arrivée à un résultat avantageux dans ce cas, par le système du partage des biens en deux masses : les frères germains, étant parents par le père et par la mère, sont apportionnés dans les deux masses ; tandis que les utérins ne prennent part que dans la masse maternelle, les consanguins que dans la masse paternelle. En somme, les germains, sans exclure les autres, ont double part.

Ce résultat peut se légitimer en outre par l'observation suivante : si les frères germains sont l'objet d'un attachement plus vif, les autres ne sont pas, pour cela, déshérités de toute affection. Or il est conforme aux instincts du cœur humain, non de tout attribuer à celui qu'on préfère, mais plutôt de graduer les dons sur la mesure de l'affection ressentie. Un frère qui ferait son testament, n'oublierait pas sans doute ses frères utérins ou consanguins ; mais il leur donnerait moins qu'aux autres.

Enfin, s'il n'existe ni frères ni descendants d'eux, comment la succession devra-t-elle être déférée ?

Plusieurs systèmes ont été adoptés.

Les uns appellent le parent le plus proche en degré. — Les autres appellent, à défaut de descendants

du père, ceux de l'aïeul ; à défaut de ceux-ci, les descendants du bisaïeul, et ainsi de suite. C'est le principe hébraïque, et encore aujourd'hui celui du Code autrichien. Il ne se préoccupe pas tant de la proximité du successible que de la proximité de la branche du successible.

D'autres, enfin, comme le Code français, font un partage entre la famille paternelle et la famille maternelle, en appelant le plus proche collatéral de chaque côté à recueillir moitié de la succession.

Si nous osions exprimer notre pensée, nous dirions qu'il y a peut-être ici une question préalable à examiner : celle de savoir s'il y a lieu de maintenir aujourd'hui les successions en ligne collatérale, quand il n'existe ni frères ni sœurs, ni descendants d'eux.

Le droit de succession, nous l'avons dit, ne repose pas sur le lien du sang; mais il repose tantôt sur une obligation naturelle, tantôt sur le désir de maintenir l'esprit de famille, tantôt sur l'affection présumée.

On peut, jusqu'à un certain point, voir une obligation naturelle au fond de la successibilité en ligne directe. Mais certainement cette obligation n'existe pas entre collatéraux.

L'ancien esprit de famille est détruit depuis longtemps, et ce n'est point lui qui a dicté les dispositions de nos lois.

Reste donc l'affection présumée. Elle peut exister quelquefois en faveur de parents éloignés ; mais dans l'état actuel de nos mœurs, cette présomption

n'est pas assez puissante pour que la loi doive en tenir compte.

Quand le législateur veut élever un fait à la hauteur d'une présomption légale, il faut que ce fait ait une probabilité assez grande pour que tout homme sage doive affirmer qu'il se réalisera dans le plus grand nombre des cas. Or, pourrait-on dire aujourd'hui que, dans le plus grand nombre des cas, l'affection la plus vive d'un homme est pour son cousin ou pour son arrière-cousin?

Personne qui ne croie, au contraire, que cet homme aura plus d'amitié ou pour un ancien camarade, ou même pour un domestique qui se sera dévoué à le servir. Et cela est si vrai, que lorsqu'il arrive qu'un parent meure sans testament, en laissant ses biens à quelque parent éloigné, chacun s'en étonne, et regarde cette espèce d'acquisition comme un don de la fortune.

Un don de la fortune! La condamnation de la loi est dans ces mots, si je ne me trompe : car elle ne doit pas fonder des droits sur le hasard. Une institution qui ne repose que sur le hasard, ou dans laquelle le hasard entre pour beaucoup, est une institution qui n'a plus de chances de durée.

Je crois donc fermement que les successions collatérales n'ont pas de fondement dans la société actuelle, et qu'elles disparaîtront tôt ou tard. C'est à l'homme à disposer de ses biens, s'il le veut, en faveur de ses parents collatéraux éloignés; mais la loi

ne doit pas faire de testament pour lui, lorsqu'il n'y a pas de raisons suffisantes pour croire qu'il l'eût fait dans ce sens plutôt que dans un autre.

CHAPITRE VII.

De la Succession des Enfants naturels.

Si le droit de succession était considéré comme un droit inhérent au lien du sang, les enfants naturels auraient à la succession de leurs pères et mères les mêmes titres que les enfants légitimes. Peut-être aussi leur droit serait-il le même, si l'on pesait l'affection qu'avait pour eux le défunt. Mais, d'une part, la loi doit examiner si cette affection est morale; et d'autre part, comme l'hérédité des pères n'est pas due aux enfants par un principe rationnel et nécessaire, elle peut la leur refuser, si l'utilité générale et celle des enfants naturels eux-mêmes l'exige.

Ce qui leur est dû par le droit de la nature, ce sont des aliments, ou une éducation qui les mette à même de s'en procurer. On ne peut pas taxer d'injustice les législations qui ne leur accordent que cela. Quant à celles qui leur donnent un droit de succession, elles ont beaucoup varié, selon que les idées religieuses avaient plus ou moins d'empire, ou que la vie de famille était plus ou moins en honneur.

Deux systèmes ont exercé une influence qui sub-

siste encore dans la plupart des législations modernes : le système romain, et le système que j'appellerai germano-chrétien.

Le système romain était de refuser tout droit à l'enfant naturel dans la succession de son père, mais de lui attribuer dans celle de sa mère la même part qu'aux enfants légitimes; différence qui ne reposait aucunement sur la difficulté plus ou moins grande d'établir la filiation, mais seulement sur cette idée factice, qu'aucun lien civil ne rattachant les enfants à leur mère, il n'y avait entre eux qu'un lien naturel devant produire les mêmes effets pour tous, quelle que fût leur condition [1].

Le système germanique, auquel se rangea la religion chrétienne, fut au contraire l'exclusion complète des bâtards de la succession de leurs parents [2].

La règle du droit romain, quoique consacrée encore chez beaucoup de peuples modernes [3], ne

[1] C'est par suite du même principe, que la mère n'exerçait la puissance paternelle ni sur les uns ni sur les autres.

[2] Capitulaires, liv. VII, ch. 59 et 463.

[3] Par exemple en Danemarck (Angelot, *Somm. des Législ. du Nord*, p. 44), et en Allemagne, où elle forme le droit commun (Mittermaïer, § 43). On peut même remarquer ici un fait propre à décourager les systèmes historiques : c'est que dans notre ancienne jurisprudence, même dans les parlements de droit écrit, les bâtards étaient complètement privés du droit de succéder, comme dans l'ancien droit germanique (Bacquet, *Traité des Droits de Bâtardise*, t. I, p. 149); tandis que la règle du droit romain est allée s'implanter dans l'Allemagne moderne; en sorte que les deux systèmes avaient, pour ainsi dire, échangé leur terrain.

paraît fondée sur aucune bonne raison : car la relation des enfants illégitimes avec leur père est exactement la même qu'avec leur mère.

Celle du droit germanique, qui fut aussi celle des Slaves[1] et de tous les peuples où la famille était fortement liée, peut paraître sévère à l'égard des enfants, qui, en définitive, sont innocents de ce que leur naissance a d'irrégulier. Cependant, si l'on réfléchit que le but qu'on se propose en leur refusant tout droit d'hérédité est de détourner les citoyens des unions illégitimes, de rendre honneur au mariage, et que, d'autre part, la succession de leurs pères et mères ne leur est pas strictement due[2], on se convaincra que cette règle est plus rationnelle et qu'elle remplit mieux son but, en ôtant irrévocablement aux parents l'espoir de transmettre leurs biens à une descendance illégitime.

Elle est même plus logique que le système de nos lois, où la portion de l'enfant est graduée sur la qualité des héritiers avec lesquels il se trouve en concours. On a beau dire que, quand la succession est dévolue à des parents éloignés, la facilité de nos mœurs demande que la part des enfants naturels soit augmentée. Ce n'est point par des raisons de

[1] Les enfants naturels n'eurent, en Russie, de droit de succession ni par la Pravda Ruska (1020), ni par l'Uloschénie (1649). Cette exclusion a été maintenue par le Code de 1840, qui n'autorise pas même la légitimation par mariage subséquent.

[2] V. *suprà*, chap. 1.

convenance, ni par des ménagements pour les faiblesses du cœur, que doivent se faire les lois. Quand on a un but, il faut le poursuivre. Si l'on veut diminuer le nombre des enfants naturels, il faut ne leur accorder que ce à quoi ils ont un droit inaliénable, c'est-à-dire des aliments. Quant à tous les bénéfices reposant sur le lien de la famille, dont ils ne font point partie, on doit les leur refuser.

Et de plus, il faut déclarer nulles toutes les donations qu'ils recevraient soit directement, soit indirectement.

CHAPITRE VIII.

De la Succession du Conjoint survivant.

De tous les codes européens, c'est le nôtre qui est le moins favorable à l'époux survivant, auquel il n'accorde le droit de succession qu'à défaut des collatéraux les plus éloignés. Cette disposition est peu en harmonie avec le principe constamment proclamé par nos législateurs, que la loi successorale ne doit reposer que sur l'affection présumée. A quel rang plaçaient-ils donc l'époux dans l'affection de son époux!

Un pareil système ne peut se concevoir que dans les législations qui faisaient un dogme de la conservation des biens dans les familles. Partout ailleurs, il dut être abandonné, et le fut en effet. Ici, l'époux fut appelé comme premier héritier, sauf la réversi-

bilité des biens aux enfants issus du mariage [1]; là, il eut une part en tout état de cause, même en concours avec les enfants [2]; presque partout on lui donna au moins un usufruit, moyen de satisfaire à ce qui lui était dû, sans dépouiller la famille [3]. Mais il est barbare de le mettre à la suite de tous les autres, et même de lui préférer l'enfant naturel [4].

Les mœurs, qui prennent les devants quand la loi est mal faite, témoignent ici de son imperfection, par le grand nombre de dispositions testamentaires que les époux sont dans l'usage de faire au profit de leurs époux.

Il semblerait bien naturel d'accorder au survivant d'abord tous les meubles meublants, pour lui épargner la douleur de voir opérer un partage dans le domicile même qu'il habitait.

Il semblerait naturel aussi de lui accorder l'usufruit de tous les acquêts, s'il y a des enfants, et de les lui attribuer en propriété s'il n'y en a pas : car son titre sur ces biens, produits de la collaboration commune, est préférable à celui de tous les autres parents.

Il semble, enfin, qu'à défaut d'ascendants, de frères et sœurs, et d'enfants de frères et sœurs, il

[1] Assises de Jérusalem (cour basse).—Code bernois, art. 517-523, etc.

[2] Droit du Koran, v. *suprà*, chap. 2. — Code russe, art. 717 *junct.* 722.

[3] Code badois, art. 738. — Code sarde, art. 959.

[4] Comme notre Code civil, art. 767.

doive être héritier universel, son titre présumé dans l'affection du défunt l'emportant certainement sur celui de tous les autres collatéraux.

En somme, cette partie de notre Code civil est une de celles qui appellent le plus impérieusement la réforme[1].

CHAPITRE IX.

Des Successions vacantes.

A défaut de toutes les personnes ci-dessus désignées, la succession devient *res nullius*, et par conséquent, d'après le droit naturel pur, elle serait acquise au premier occupant.

Mais, dans l'état social, ce droit serait une source d'inconvénients graves. Le trésor public, qui a besoin d'imposer les vivants, a bien plus de raisons pour s'attribuer le bien des morts. Il est le dernier des héritiers : *fiscus post omnes.*

CHAPITRE X.

De la Représentation.

On appelle *représentation* le droit accordé à un parent de se mettre au lieu et place de son père ou de

[1] LABOULAIE, *Recherches sur la Condition civile des Femmes*, p. 272.

son grand-père prédécédé, afin de prendre la part que ce dernier aurait eue.

La représentation a pour objet de rapprocher un successible d'un ou de plusieurs degrés, afin de lui permettre de concourir avec d'autres successibles plus proches, qui, sans cela, l'excluraient.

Ainsi, lorsqu'à la mort du père de famille, un fils se trouve en concours avec des enfants d'un autre fils prédécédé, ceux-ci, quoique plus éloignés d'un degré, partagent la succession avec leur oncle, et recueillent la part qui serait échue à leur père en supposant qu'il eût survécu.

Le partage se fait en ce cas par souches; c'est-à-dire qu'on ne fait pas autant de parts qu'il y a de personnes, mais autant qu'il y avait de souches ou d'enfants au premier degré.

La représentation est fondée sur ces deux idées : qu'à la mort d'un enfant, l'affection du chef de la famille s'est reportée tout entière sur les enfants qu'il a laissés, et que, d'ailleurs, il serait cruel pour ceux-ci que le prédécès de leur père les privât de ce qui devait leur appartenir dans le patrimoine de la famille.

Quelque naturelle que soit cette institution, elle n'a pas été partout pratiquée. Ignorée dans l'ancien droit germanique, ce fut seulement en 695 qu'un décret de Childebert l'introduisit chez les Francs; mais elle ne s'y maintint pas : car nos plus anciennes coutumes du moyen âge donnaient tout à l'héritier le plus proche. En Allemagne, la représentation ne tri-

ompha que par suite d'un duel judiciaire, où les champions des petits-enfants l'emportèrent sur ceux des fils[1].

Le droit romain, qui admettait la représentation en ligne directe, ne l'admettait pas en ligne collatérale. Et en effet, à mesure que la parenté est plus éloignée, la représentation est moins nécessaire. La raison en est évidente : d'une part, l'affection du défunt ne s'était pas reportée sur les enfants des prémourants, parce que cette affection était déjà presque nulle. D'autre part, l'attente des parents éloignés est si faible, que l'on ne craint pas de tromper cette attente en excluant les enfants lorsque leur père n'existe plus.

Cependant les idées politiques ont, ici comme ailleurs, exercé leur action sur la loi successorale. La restriction du droit de représentation est un système aristocratique, puisque en donnant tout au plus proche, il concentre les biens dans le plus petit nombre de mains possible. L'extension de ce droit est un système démocratique, puisqu'il appelle au partage beaucoup d'héritiers.

Les législateurs ont su, dans l'occasion, faire leur profit de cette remarque[2].

Chez nous, la représentation n'est admise qu'en ligne directe, et, parmi les collatéraux, au profit des descendants de frères et sœurs seulement.

[1] Pasquier, *Recherches sur la France*, liv. IV, ch. 1.

[2] La loi du 17 nivôse an II (6 janvier 1794) établissait la représentation à l'infini en ligne collatérale.

CHAPITRE XI.

Du Droit de tester.

Les testaments ne sont, pas plus que les successions légitimes, de droit naturel, c'est-à-dire de ce droit antérieur à toutes les lois, et que les lois ne peuvent abolir. Si le législateur ne consacrait pas la dernière volonté des mourants, il y aurait un motif de morale très-fort pour s'y conformer; mais on ne peut dire que ce principe serait de droit : car tous les droits d'un homme s'éteignent à sa mort, et il est contradictoire que sa volonté puisse encore disposer de ce qui lui appartenait, pour un temps où ni cette volonté ni ces droits ne subsisteront plus.

Il y a, sous ce rapport, une grande différence entre la donation et le testament : la première appartient au droit naturel, comme la vente, parce qu'elle emporte dessaisissement actuel au profit de celui qui reçoit. Aussi, chez tous les peuples, la donation a-t-elle été connue; tandis qu'il en est un grand nombre qui n'ont pas usé du droit de tester. Je me contenterai de citer ici les Juifs, qui n'ont reçu cette institution que très-tard, par l'influence du droit grec; et les anciens Germains, qui l'ignorèrent jusqu'à l'invasion du monde romain [1].

[1] Les testaments ne sont mentionnés que dans le Talmud, et

Suivant quelques auteurs, il faudrait diviser les peuples en peuples matérialistes et en peuples spiritualistes. Les premiers n'auraient point eu l'idée des testaments, parce qu'ils croient que tout finit avec le corps; les autres exécutent, même après la mort, une volonté qui leur parle au-delà de la tombe [1]. C'est à peu près l'idée de Leibnitz, qui a prétendu faire reposer la force obligatoire des actes de dernière volonté sur l'immortalité de l'ame, les morts devant être considérés comme toujours propriétaires des biens qu'ils ont transmis à leurs héritiers [2].

Cette pensée a plus de grandeur que de justesse. Si l'homme restait propriétaire de ses biens après sa mort, chaque chose aurait beaucoup de maîtres dont la volonté pourrait être contradictoire, à partir d'Adam, premier propriétaire des choses d'ici-bas. Et comme il n'y a pas moyen de connaître toutes ces volontés, il n'y a guère moyen non plus de rattacher

encore à condition qu'il s'agisse d'un malade, et qu'il institue l'un de ses héritiers naturels. Il est remarquable, d'ailleurs, que le mot hébreu qui signifie *testament* est calqué sur le grec (diathiki, διαθήκη). Maimonides, *Hilchot Nachaloth*, l. I, § 2 et 3. — Les Grecs eux-mêmes, avant Solon, ne connurent pas les testaments. V. Plutarque, *in Solon*. — Pour les Germains, Tacite, *de Mor. Germ.*, 21. — Les Anglais, avant Edouard III, ne pouvaient non plus tester, au moins relativement aux immeubles. Reeves, *Hist. of English Laws*, t. II, p. 9.

[1] Laferrière, *Histoire du Droit français*, t. II.

[2] Leibnitz, *Nova Methodus*, p. 56. M. Laferrière applaudit à la profondeur philosophique de cette idée.

un principe de droit à des considérations de ce genre [1].

Ce n'est pas que je regarde les testaments comme étant une institution de pur droit positif; et je serais loin de vouloir, à l'exemple de certains auteurs [2], rassurer les héritiers légitimes contre les scrupules de conscience qu'ils pourraient éprouver à faire valoir quelque nullité de forme, pour se dispenser d'accomplir la volonté, d'ailleurs bien constatée, d'un mourant : je crois, au contraire, qu'un devoir puissant d'honnêteté les engage à y obéir. Si les testaments ne sont pas de droit naturel, ils s'en rapprochent autant que possible; et c'est pour cela qu'ils ont été en usage chez presque tous les peuples policés.

Et en effet, si je puis confier un objet à un ami, avec prière de le transmettre après ma mort à une personne que je lui désigne, pourquoi ne pourrais-je pas en gratifier directement cette même personne? Entre ces deux sortes de dispositions l'analogie est bien grande. Tout propriétaire, d'ailleurs, peut vendre, peut donner; il peut aussi donner en se réservant l'usufruit. Or, d'une donation avec réserve d'usufruit à un testament, la distance est peu sensible aux yeux de la raison pure.

[1] *Id cinerem et manes credis curare sepultos !*

Gundling combattit d'ailleurs la raison de Leibnitz par une raison adéquate, en remarquant que personne ne sait si le testateur n'est pas damné, cas auquel sa volonté ne mérite pas qu'on s'y arrête.

[2] V. Blackstone, *Comment.*, book II, ch. 1.

Si l'on ajoute à cela que le respect pour la mémoire aimée d'un parent est inséparable du respect de sa volonté dernière; si l'on se rappelle que la base des successions est dans l'affection présumée du défunt; si l'on pense que l'utilité générale réclame en faveur du droit de tester, qui inspire à l'homme le désir d'acquérir et de conserver des biens dont il aura la certitude de disposer comme il l'entendra: on se persuadera que le titre des légataires vaut souvent celui des héritiers légitimes. Ce sont sans doute ces diverses raisons qui ont fait considérer les testaments comme rentrant dans le droit naturel, par beaucoup d'écrivains, parmi lesquels je me contenterai de citer Leibnitz, Wolff, Burlamaqui, Kant, et, avant eux tous, Grotius.

En cela, je crois qu'ils se trompaient. La loi, ayant à distribuer des biens qui, de droit naturel, n'appartenaient pas plus aux parents qu'aux héritiers du choix du testateur, s'est prononcée d'abord en faveur de ceux-ci, par de fortes considérations de morale et d'utilité. Mais ce droit n'est pas un droit impérieux et inflexible : d'où il faut conclure notamment que la loi sera maîtresse, non-seulement de soumettre les testaments à certaines formes, gage de leur sincérité, mais encore de ne consacrer, parmi les dernières volontés des morts, que celles qui seront jugées sans danger pour l'intérêt général.

CHAPITRE XII.

Des Testaments, de leur forme, et de la Capacité de tester.

Le testament est l'acte qui constate la dernière volonté de l'homme touchant ce qu'il ordonne devoir être fait après sa mort.

Le droit positif a dû avec d'autant plus de raison assujettir cet acte à des formalités, que, le mode d'acquérir par legs étant propre à séduire la cupidité des hommes, il y avait lieu de craindre soit des faux matériels, soit des captations exercées sur l'esprit du testateur. Toutefois, en voulant atteindre ce but, il fallait éviter un écueil qui consistait à retarder la confection du testament par des complications juridiques, le testateur saisi par la maladie n'ayant quelquefois qu'un moment pour faire connaître sa volonté. Il fallait aussi déférer au désir qu'il peut avoir de tenir ses dispositions secrètes.

On peut ramener à trois formes principales toutes les espèces de testaments :

1° *Testament par acte public.* — C'est celui qui se fait par l'intervention d'un officier public qui constate la volonté du testateur, en même temps que sa liberté d'esprit et l'absence d'influences étrangères. Tantôt cet officier public est un notaire, comme en France ; tantôt le testateur se transporte dans l'audi-

toire du tribunal pour y faire sa déclaration, comme en Allemagne. Tantôt il énonce à haute voix toutes ses dispositions, qui sont alors écrites par l'officier public; tantôt il se contente de lui présenter ces mêmes dispositions déjà rédigées, en affirmant que c'est bien sa volonté, mode qui lui permet de garder le secret[1].

2° *Testament olographe ou sous seing privé.* — La seule condition de ce testament est d'être écrit et signé par le testateur. Mais toutes les législations ne l'admettent pas, à cause du peu de garanties qu'il présente contre la fraude. D'autres ne permettent de disposer en cette forme que d'une portion minime des biens. Quoi qu'il en soit, l'expérience, souveraine en ces matières, n'a pas montré, chez les peuples où il est en usage, que le testament olographe offrît de sérieux dangers[2].

3° *Testament nuncupatif.* — Il y en aurait beaucoup plus dans le testament nuncupatif, qui se fait de vive

[1] C'est la différence que nous ferons entre le testament public et le testament mystique, et celle que font les jurisconsultes allemands entre le *testamentum judiciale nuncupativum* et le *testamentum judiciale oblatum.*

[2] La commodité de ce testament, la crainte qu'ont beaucoup de personnes de paraître devant un officier public, l'ont fait adopter dans plusieurs des nouveaux codes. V. notamment le Code autrichien, art. 577; la loi de Zurich, du 25 juin 1839; le Code de Fribourg, de 1840, art. 794; le Code de Lucerne, art. 435; le Code du Tessin, art. 387; le Code hollandais, art. 978; etc.

voix en présence d'un certain nombre de témoins, leur véracité pouvant être ébranlée ou leur mémoire inexacte. Aussi n'est-il pas généralement admis, et, dans les pays mêmes qui le reconnaissent, il ne l'est que dans des circonstances urgentes où il est impossible de recourir à un autre mode.

Indépendamment de la forme, il faut encore, pour la validité de l'acte, que le testateur ait eu la capacité de tester.

Cette capacité manque aux individus qui sont privés de raison, tels que les enfants et les insensés. Mais les mineurs pourront être déclarés habiles à tester avant de l'être à aliéner leurs biens, parce que, d'une part, le testament n'est pas du nombre des actes au moyen desquels on peut se procurer de l'argent, et que, d'autre part, celui qui le fait ne risque point de diminuer son patrimoine. Par la même raison, les prodigues resteront capables de disposer de cette manière.

Quant aux femmes mariées, si on leur a souvent refusé le droit de tester, ç'a été par des motifs politiques plutôt que par de bonnes raisons. Elles n'ont pas même besoin de l'autorisation maritale pour disposer après leur mort[1].

Il n'y a pas non plus de justes motifs pour en pri-

[1] *Sic* chez nous. — Mais dans plusieurs de nos anciennes coutumes, notamment en Bourgogne, la femme ne pouvait tester sans l'autorisation de son mari. L'ancien droit anglais la réputait également incapable, et cette incapacité a été maintenue par la nouvelle loi de 1837, sect. 8

ver l'étranger, comme le disent souvent les jurisconsultes, en alléguant que les faveurs de la loi positive ne sont que pour les nationaux. Nous avons vu ailleurs que la raison ne fait guère de différence entre les nationaux et les étrangers, si ce n'est pour le droit politique.

Les testaments des suicidés sont nuls en plusieurs pays, mesure à laquelle il faudrait applaudir si elle pouvait diminuer le nombre des suicides. Le Code russe semble fonder cette nullité sur une présomption de démence résultant du suicide même[1]; mais, comme le testament peut être antérieur de beaucoup à la mort, il vaut mieux avouer que c'est une sorte d'indignité que la loi prononce.

Quant à la question de savoir si le testament fait sous l'empire de la captation ou dans l'ivresse est valable, elle doit se résoudre par les principes généraux sur le consentement.

Le droit espagnol présente une grande singularité. Depuis le XIIIe siècle on y reconnaît au testateur la faculté de tester par mandataire (*comisario*), c'est-à-dire de désigner une personne qui, après la mort du disposant, distribuera ses biens à sa volonté. Toutefois, le *Fuero real* ne permettait pas de choisir pour mandataires les femmes, les Juifs, les Maures, les hérétiques et les moines, par un motif facile à deviner. Aujourd'hui, les pouvoirs d'un mandataire de ce genre ont été limités aux dispositions à titre

[1] Code russe, art. 610.

particulier, et il ne peut plus instituer d'héritier, ni déshériter les enfants du testateur, ni leur nommer un tuteur, ni faire aucune espèce de substitution, à moins d'un pouvoir spécial[1].

Si la loi espagnole, seule entre toutes, consacre un droit aussi extraordinaire, la raison en est dans une méprise que je dois signaler, pour montrer combien les petites causes laissent quelquefois une trace durable dans les institutions.

On trouve dans le corps du droit canon une décrétale d'Innocent III conçue en ces termes : *Qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus*[2]. C'est sans doute cette disposition que le *Fuero real* a entendu copier. Mais si l'on recherche dans les œuvres d'Innocent III le passage d'où ce fragment a été extrait, on trouve qu'il appartient à une lettre de ce pape, en réponse à l'évêque d'Auxerre, qui le consultait sur une difficulté qu'il avait avec ses chanoines[3]. L'évêque prétendait au *jus spolii*, c'est-à-dire au droit assez commun au moyen âge de disposer à son gré des biens laissés par les clercs morts intestats. Il soumet en conséquence deux questions au pape : la première, si les chanoines sont compris sous le nom de clercs ; la seconde, si l'on doit considérer comme mort in-

[1] V. le *Fuero real* pour le droit ancien ; — et pour le droit actuel, Asso y Manuel, t. I, p. 182; Sala, lib. II, tit. 4, § 10.

[2] Cap. 13, *de Testam.*, x (3, 26).

[3] *Epistol. Innoc.* III, t. I, p. 631. (Edit. Baluze, Paris, 1682.)

testat celui qui aurait chargé quelqu'un de disposer de son patrimoine. Sur le premier point, le pape donne raison à l'évêque ; mais il lui donne tort sur le second, en décidant que le *jus spolii* s'évanouit quand un clerc, en mourant, a remis à quelqu'un le soin de disposer de ses biens.

C'est donc parce qu'un pape a écrit à un évêque de France quelques paroles mal saisies par les commentateurs, qu'une loi aussi bizarre qu'elle est unique a subsisté jusqu'à nos jours dans le droit d'un grand peuple.

CHAPITRE XIII.

Des diverses Dispositions testamentaires.

Les dispositions qui sont le plus souvent contenues dans les testaments, sont les suivantes :

1° Les *institutions d'héritiers.*— On doit comprendre sous ce nom toute institution à titre universel, conférant au légataire un droit sur le résidu de la fortune, après déduction faite des dettes et charges, et pouvant comprendre, au moins éventuellement, la totalité de la succession, si les autres ayants-droit font défaut pour cause de renonciation ou d'incapacité.

2° Les *legs,*— qui sont des délibations du patrimoine, soit qu'ils portent sur un objet spécial, tel qu'une somme d'argent ou une maison, soit qu'ils

consistent dans une quote-part déterminée, telle que le tiers ou le quart des biens, mais sans qu'ils puissent dans aucun cas comprendre la totalité de la fortune.

Les autres différences plus ou moins capricieuses entre les institutions d'héritier et les legs, doivent être étudiées dans la loi positive. D'ordinaire on dit que les héritiers continuent la personne du défunt, et que, comme tels, ils succèdent à toutes ses dettes comme à toutes ses créances; tandis que les légataires ne sont point exposés à l'action de ses créanciers.

3° Les *Substitutions.* —Il y a plusieurs espèces de substitutions, ayant peu de rapports entre elles.

La substitution *vulgaire* a lieu lorsque le testateur, après avoir nommé Primus son héritier, prévoyant que quelque obstacle pourra l'empêcher de recueillir sa succession, appelle éventuellement Secundus à son défaut. Cette espèce de disposition, ne présentant aucun inconvénient, est permise partout où les testaments le sont eux-mêmes.

La substitution *pupillaire* est celle par laquelle le père qui laisse des enfants en bas âge est autorisé à nommer l'héritier qui doit recueillir leurs biens, s'ils viennent à décéder avant d'avoir atteint l'âge où ils pourront tester par eux-mêmes. Cette substitution, qui vient du droit romain, n'est plus admise en Europe qu'exceptionnellement[1].

Enfin, la substitution par excellence, celle que l'on désigne par le mot de *substitution* quand on

[1] Par exemple par le Code de Berne, art. 580.

l'emploie seul, est la substitution *fidéicommissaire*, laquelle consiste à nommer un héritier qui sera propriétaire des biens sans pouvoir les aliéner, à en nommer ensuite un second qui recueillera après lui, puis après celui-ci un troisième, et ainsi de suite. Le propre de cette espèce de disposition est de frapper les biens d'inaliénabilité, et de substituer à la successibilité légale une ligne d'héritage du choix du testateur.

La substitution fidéicommissaire vient aussi du droit romain, où elle fut un moyen d'éluder des incapacités, ou bien d'empêcher un héritier dissipateur de réduire sa postérité à la misère. Mais avec le temps qui dénature les institutions, elle devint au moyen âge un instrument politique destiné à perpétuer la splendeur aristocratique des familles; ressource merveilleuse, qui permit au riche d'être magnifique sans appauvrir sa lignée, qui lui ôta la faculté de disposer sans lui ôter celle de jouir, et qui devait assurer, jusque dans l'avenir le plus reculé, les droits d'une postérité conjecturale. Comme ces fleuves qui marchent toujours en engloutissant toutes sortes de petits filets d'eau dans leur course, les patrimoines, grace aux substitutions, ne pouvaient que s'augmenter par des alliances ou des libéralités nouvelles.

Il fallait une pensée politique pour faire passer par-dessus les nombreux inconvénients de ce système. Quand cette pensée cessa d'exister, on reconnut que les substitutions faisaient sortir du com-

merce une masse de biens considérable, qu'elles étaient un moyen de duper les créanciers et les acquéreurs de bonne foi, et qu'elles concentraient les fortunes dans quelques mains privilégiées. On commença par en atténuer les dangers au moyen de diverses restrictions, et notamment d'un bon système de publicité [1]; puis, enfin, dans nos lois actuelles, on ne les conserva que sous des conditions qui les rendent essentiellement temporaires, et qui assurent que le vœu du disposant était seulement de mettre ses biens à l'abri de la prodigalité d'un héritier dissipateur.

Dans la plupart des pays européens où les substitutions sont encore en faveur, on en a si bien senti les dangers, qu'on exige du moins l'autorisation du gouvernement pour en établir de perpétuelles. L'Angleterre seule, qui présente tant d'anomalies, offre le contraste d'institutions représentatives avec un régime de substitutions qui se maintient dans toute la vigueur et la liberté des temps féodaux. Les hommes, dans ce pays, se gouvernent par les lois du dix-neuvième siècle, et la terre par celles du douzième [2].

4° Les *Majorats* — ne sont qu'une exagération des substitutions. C'est une substitution faite à perpétuité au profit de l'aîné d'une famille. Leur but, éminemment aristocratique, est de concentrer les biens dans les mains du représentant de la no-

[1] Voir l'ordonnance de 1747.
[2] Tomlins, v° *Tail.*

blesse de la maison, afin de lui fournir les moyens de soutenir la splendeur de son rang. Aussi les majorats n'étaient-ils érigés que dans les familles nobles.

Cette institution, qui vient de l'Espagne, comme son nom l'indique, y jouissait d'une telle faveur, que jusqu'en 1789 elle n'y était point assujettie à l'approbation du gouvernement[1]; condition qu'on avait du moins exigée chez les autres peuples où les majorats s'étaient acclimatés. Il y a d'ailleurs des Etats, très-peu favorables sous d'autres rapports à l'esprit d'égalité, qui n'en ont jamais admis le principe[2].

Chez nous, les majorats ont été prohibés par une loi récente, bien qu'on ait respecté dans une certaine mesure les droits acquis antérieurement.

Mais, quoique les majorats offrent des inconvénients, on peut se demander si leur prohibition n'est pas contraire aux principes, puisque le testateur, une fois investi du pouvoir de transmettre ses biens, est maître, ce semble, d'apposer telle ou telle loi à sa libéralité? On doit répondre à cela que les testaments ne sont pas de droit naturel, et par consé-

[1] Les *Mayorazgos* d'Espagne doivent être autorisés aujourd'hui, suivant la *Real Cédula* de 1789, devenue la l. 12, tit. 17, lib. 10, de la *Novisima Recopilacion*. Du reste, pour prévenir l'accumulation des fortunes, on a établi que lorsque deux majorats, dont l'un est d'un revenu de plus de deux *cuentos* (58,823 réaux), se réunissent sur une seule tête, l'aîné doit opter pour l'un d'eux, et laisser l'autre au puîné.

[2] La Russie ne connaît ni les majorats ni le droit d'aînesse. (Angelot, p. 281.)

quent que le législateur, en les autorisant, peut très-bien ne pas permettre les dispositions qu'il juge contraires au bien général : tels sont sans doute les majorats et les substitutions perpétuelles, dans lesquels c'est le hasard de la naissance, et non le choix éclairé du testateur, qui désigne ceux à qui ses biens seront dévolus.

Et, pour généraliser ici ce résultat, il est impossible qu'un propriétaire, qui n'a qu'une jouissance bornée, puisse revendiquer le droit d'imprimer une destination perpétuelle aux biens dont la mort va le dessaisir. Il serait donc utile que toutes les fois que le droit de disposition serait paralysé dans les mains du donataire, au-delà d'un certain nombre d'années, soit par une condition de la libéralité, soit par la qualité du donataire lui-même [1], l'autorisation du gouvernement fût requise.

CHAPITRE XIV.

Limitations du Droit de tester. — Légitime.

On appelle *légitime* une quotité de la succession réservée à certains parents, laquelle ne peut pas être distribuée à d'autres à titre gratuit.

Ceux qui prétendent voir un droit naturel dans

[1] Si le don est fait à un établissement public.

le droit de tester, ont été embarrassés pour expliquer comment la légitime était aussi de droit naturel. Cependant ces deux opinions ne sont pas inconciliables : car, bien que le propriétaire ait le droit de disposer, il peut se faire que ce droit soit restreint par suite de quelque obligation qu'il aurait contractée. C'est ce qui se présente ici, au moins à l'égard des enfants, à qui leurs parents s'obligent d'assurer une subsistance par cela seul qu'ils les mettent au jour. Bien plus, en leur donnant une éducation conforme à leur position, en leur faisant contracter des habitudes de bien-être, ils s'engagent à leur laisser de quoi s'entretenir dans cet état, qu'ils ont contribué à leur rendre nécessaire. De là au principe de la légitime, il n'y a qu'un pas.

Toutefois, il faut avouer que ces raisons ne s'appliquent guère qu'aux descendants. Pour les père et mère, on voit bien que l'enfant leur doit de la reconnaissance, et qu'il agit d'une manière peu convenable en disposant de sa fortune pendant qu'ils sont dans le besoin. Mais ce n'est point là une obligation juridique. Aussi paraît-il difficile d'arriver à reconnaître une légitime aux ascendants, si l'on part de ce point, que le droit de tester est un droit naturel. Mais si l'on n'y voit qu'une concession de la loi positive, alors cette concession a pu n'être faite que sous telle ou telle restriction, et ce sera une restriction très-sage que celle qui réservera une part du patrimoine au profit des ascendants.

Je crois toutefois que cette réserve ne doit être

accordée qu'aux père et mère : car, pour les ascendants plus éloignés, le défunt n'avait pas reçu d'eux la vie ni les bienfaits de la première éducation. Il n'avait pas puisé dans l'habitation commune cette vive affection que l'enfant ressent pour ses parents; et d'ailleurs, le testament qui les exclut prouve bien que cette affection n'existait pas [1].

J'en dirais autant des frères et sœurs, quoique sans blâmer beaucoup les lois qui leur accordent une réserve [2]. Cependant il faut convenir qu'il n'existe entre eux aucune dette naturelle. Il est très-douteux, d'un autre côté, qu'en frappant les biens d'indisponibilité, l'on fasse quelque chose de favorable à la bonne harmonie des familles. Il y aura, au contraire, plus de ménagements et d'égards dans la conduite des parents, quand ils sauront qu'ils ont tout à espérer de l'amitié et rien de la loi. Et quant à cet argument vulgaire, que les biens provenant de l'auteur commun forment en quelque sorte le patrimoine de la famille, il suffit de répondre que les biens du frère décédé ont eu peut-être une autre origine; et qu'au surplus, en admettant qu'ils lui fussent échus par succession, comme ses frères ont hérité d'une part semblable à la sienne, le droit de légitime que ceux-ci pouvaient avoir se trouve par-là même épuisé [3].

[1] Notre Code civil accorde une réserve aux ascendants à quelque degré qu'ils soient (art. 915).

[2]

[3] Ce sont les arguments que l'on fit valoir au tribunat pour

Ce n'est pas ici le lieu d'examiner quelle devra être la quotité de la légitime. Il semblerait qu'elle dût être calculée sur les besoins de celui qui la reçoit; mais ce système multiplierait trop les procès, déjà si fréquents en pareille matière. Elle est donc en général d'une quotité fixe de la fortune, ou du moins elle ne varie que d'après le nombre des héritiers qui y ont droit.

Les lois positives présentent, sous ce rapport comme sous les autres, une diversité remarquable.

Ici, le principe de la légitime est inconnu [1].

Ailleurs, elle existe, mais elle est illusoire, comme en Aragon, où elle est de cinq sous pour les meubles, et de cinq sous pour les immeubles [2].

Souvent on a fixé une quotité disponible différente, suivant la qualité des personnes à qui elle était donnée, tantôt en amplifiant cette quotité lorsqu'elle était laissée à un descendant du testateur; tantôt, au contraire, en défendant à celui-ci de rompre l'égalité entre ses enfants. En 1789, le droit de tester fut presque remis en question, tant on craignait de voir renaître

proposer la suppression de la réserve d'un quart accordée par le projet de Code aux frères et sœurs, et adoptée d'abord par le Conseil d'Etat. Bonaparte se prononça pour le principe de cette réserve, qui fut définitivement rejeté. Mais alors il aurait fallu aussi supprimer celle des aïeux et aïeules : car, par une singulière inconséquence, les frères, qui sont plus favorisés qu'eux, puisqu'ils les excluent, le sont moins sous le rapport de la légitime.

[1] En Angleterre. Blackstone, l. I, ch. 16.

[2] Asso y Manuel, t. I, p. 200.

par-là le droit d'aînesse. Après la mort de Mirabeau, Talleyrand lut à la tribune un discours posthume que le grand orateur avait préparé sur l'égalité des partages. « Eh quoi! s'écriait-il, n'est-ce pas assez pour la société des caprices et des passions des vivants? Nous faut-il encore subir leurs caprices et leurs passions quand ils ne sont plus?..... La loi casse les testaments *ab irato;* mais tous ces testaments qu'on pourrait appeler *a decepto, a moroso, ab imbecilli, a delirante, a superbo,* la loi ne les casse point, ne peut les casser. Combien de ces actes, signifiés aux vivants par les morts, où la folie semble le disputer à la passion; où le testateur fait de telles dispositions de sa fortune, qu'il n'eût osé de son vivant en faire la confidence à personne; des dispositions telles, en un mot, qu'il a eu besoin, pour se les permettre, de se détacher entièrement de sa mémoire, et de penser que le tombeau serait son abri contre le ridicule[1]! »

Cependant, si l'on se dégage des passions politiques, qui ne jugent jamais que d'après l'intérêt du moment, l'on s'apercevra que le soin même de la discipline domestique demande que le père puisse punir un enfant dépravé, et récompenser la bonne conduite des autres en les avantageant. C'est à cette doctrine, la seule vraie, qu'est revenu le Code civil.

[1] Conséquente avec ces principes, la loi du 17 nivôse an II ne permettait au testateur de disposer que d'un sixième de sa fortune, et encore pourvu que ce fût au profit d'un étranger.

Comme la conservation des biens dans les familles est un résultat désirable, qu'on doit réaliser, surtout lorsqu'il peut être atteint sans peine, ce serait peut-être une mesure salutaire que de permettre aux héritiers à réserve de retenir pour eux les immeubles, en les autorisant à payer en argent, dans tous les cas, la valeur des dons faits par le testateur.

CHAPITRE XV.

De la Capacité d'être Héritier.

Toute personne en général est capable de recueillir une succession, pourvu qu'elle existe au moment de la mort du *de cujus;* et l'on répute existants ceux même qui ne sont que conçus. Cependant il semblerait très-juste, lorsque l'hérédité n'a point encore été appréhendée, d'y admettre tout individu, même conçu depuis la mort, s'il justifiait être le plus proche en degré.

En examinant les principales causes d'incapacité, nous distinguerons les incapacités *absolues*, qui sont un obstacle en tout état de cause, des incapacités *relatives*, qui n'existent que de telle personne à telle autre.

§ I.

Des Incapacités absolues.

1° *Etrangers.* — Je ne cite ici les étrangers que pour dire qu'aucune incapacité ne doit les atteindre puisqu'on ne saurait, dans une législation rationnelle, leur refuser la jouissance des droits civils [1]. Tout au plus est-il permis de les exclure par voie de rétorsion lorsque, dans leur pays, la loi exclut les étrangers; et encore est-il peu moral de priver un fils des biens de son père par représailles, comme s'il était coupable de ce que la loi de sa patrie est mal faite.

2° *Morts civilement.* — Que l'on abolisse ou que l'on conserve la mort civile, il n'en sera pas moins nécessaire de priver le criminel frappé d'une peine afflictive perpétuelle du droit de recueillir le bénéfice des hérédités.

3° *Etablissements publics.* — On appelait autrefois les établissements religieux gens de *main-morte*, parce que les biens tombés dans leur main s'y amortissent pour ne plus en sortir. Il y a du danger à laisser amasser des propriétés à des corps qui acquièrent toujours sans pouvoir aliéner : aussi est-il remarquable qu'au moyen-âge, malgré la vivacité du sentiment religieux, dans tous les Etats d'Eu-

[1] V. *supra*, liv. I, ch. 4.

rope en même temps, comme si les gouvernants s'étaient donné le mot, la même interdiction tomba sur les envahissements de la propriété de main-morte, qui menaçait d'absorber la totalité du sol[1].

Aujourd'hui l'on se contente de placer les établissements publics sous la surveillance du gouvernement, sans l'autorisation duquel ils ne peuvent accepter aucun legs.

§ II.

Des Incapacités relatives.

Les incapacités relatives sont fondées ou sur des motifs de morale, comme celle qui éloigne les enfants naturels et surtout les enfants incestueux ou adul-

[1] En Espagne, ce furent les Cortès de Benavente (1202) qui établirent, pour la première fois, la loi d'*amortizacion*, aussi souvent abolie que rétablie dans les siècles suivants (Marina, *Ensayo histórico-crítico*, t. I, p. 200 et suiv.). Les ukases des Czars, au XVIe siècle, ordonnent que tout legs de terre fait à l'Eglise ne vaudra que comme legs de la valeur (Reutz, §§ 88 et 186). Chez nous, à la fin de la seconde race et au commencement de la troisième, les seigneurs féodaux s'inquiétèrent des acquisitions de l'Eglise, qui, soustrayant les biens au commerce, leur faisaient perdre les droits de relief et de lods et ventes perçus sur les mutations : ils firent alors consacrer le principe que l'Eglise ne pouvait acquérir sans traiter avec eux pour le rachat de ces droits. Leurs prétentions devinrent si élevées, qu'elles équivalurent à une prohibition. V. les Etablissements de saint Louis, ch. 125; Beaumanoir, chap. *des Aveux;* Delaurière, préface des *Ordonn. du Louvre*, t. I.

térins de la succession de leur père; ou sur des présomptions de captation, telle que celle qui empêche un ministre du culte de rien recevoir du malade qu'il a assisté.

Dans le premier cas, elles s'appliquent aussi bien à la succession légitime qu'à la succession testamentaire. Dans le second cas, elles n'empêchent que de recevoir par testament.

Enfin, les incapacités relatives ont ce caractère particulier, de n'être souvent que partielles, c'est-à-dire d'empêcher de recevoir au-delà d'une certaine quotité. Les enfants naturels en offrent un exemple. Il en est de même des époux, qui, là, sont complètement incapables de s'avantager, mais qui, ailleurs, et notamment en France, peuvent se donner une certaine quotité de biens que la loi détermine d'après la qualité des héritiers en concours avec eux.

De l'Indignité.

Celui qui s'est rendu coupable envers le défunt de quelque délit grave, doit être écarté de sa succession, parce qu'il n'est pas probable que la volonté de la personne offensée l'y eût appelé si elle eût connu l'offense.

Le fait d'avoir attenté aux jours du défunt, celui d'avoir porté contre lui une accusation capitale calomnieuse, sont rangés avec raison parmi les causes d'indignité. On est plus étonné de voir le lé-

gislateur frapper de la même peine l'héritier qui n'a pas dénoncé à la Justice le meurtre du défunt, omission beaucoup moins grave que les actes criminels dont il vient d'être parlé. Cela doit s'expliquer sans doute comme un reste des anciennes lois, qui toutes liaient indivisiblement le droit d'hérédité à l'obligation de venger le parent descendu dans la tombe: chose naturelle dans une société troublée sans cesse, où l'action du ministère public, encore inconnue, était remplacée par celle de la famille exerçant la *faïda*. Mais aujourd'hui que cette action est si prompte, mettre le fait de la non-dénonciation sur la même ligne que celui du meurtre, me semble plus qu'un anachronisme.

Il est également extraordinaire que la loi exige, pour qu'il y ait indignité, que le coupable ait été l'objet d'une condamnation : d'où il résulte que s'il a éprouvé l'indulgence plus ou moins bien justifiée du juri, ou s'il décède avant le jugement rendu, il ne sera pas indigne, quelque évident que soit son crime. Comme il ne s'agit pas ici d'une peine, mais d'une capacité, il fallait laisser aux juges civils le soin de prononcer sur l'existence du fait d'où l'indignité résulte.

Enfin, je ne saurais encore m'empêcher de considérer comme surannée la distinction que font les jurisconsultes entre l'incapacité et l'indignité, qui, suivant eux, diffèreraient du tout au tout dans leur principe. L'incapacité, à les en croire, empêcherait l'homme d'être héritier *ab initio;* tandis que l'indi-

gne serait héritier, et resterait tel jusqu'à ce qu'il ait été dépossédé par jugement. Il est évident que, dans un cas comme dans l'autre, c'est toujours en vertu d'une cause ancienne que la succession lui est enlevée. La législation romaine faisait cette distinction afin d'attribuer à l'Etat l'hérédité, confisquée en quelque sorte sur l'indigne à titre de peine. Les modernes, tout en rejetant la conséquenee, ont retenu le principe. Je ne verrais, pour ma part, aucune différence entre l'incapacité et l'indignité, si ce n'est peut-être que la seconde pourrait être effacée par le pardon du défunt, au lieu que l'incapacité proprement dite est toujours d'intérêt général.

CHAPITRE XVI.

De l'Acceptation des Successions.

Celui à qui une hérédité est déférée par testament ou par la loi, est libre d'accepter ou de répudier le bienfait qui lui est offert. Mais en supposant qu'il l'accepte, quel doit être l'effet de cette acceptation? En d'autres termes, qu'est-ce qu'un héritier? quels sont ses droits et ses obligations?

§ I.

Effets de l'Acceptation.

Nous vivons encore sous l'empire de maximes qui n'ont plus de sens depuis deux mille ans. Chez les Romains, le père de famille était immortel. La conservation des *sacra* demandait que l'héritier d'un homme ne fût pas seulement son successeur, mais qu'il fût la même personne civile. De là la fiction célèbre par laquelle l'héritier continue la personne du défunt. Parmi les conséquences nombreuses qu'on en tirait, je me contenterai d'en citer deux.

L'héritier doit payer toutes les dettes du défunt, même sur son propre patrimoine, en cas d'insuffisance des biens héréditaires.

Quant à la prescription, il ne peut pas prescrire si son auteur était de mauvaise foi, quoiqu'il soit de bonne foi lui-même : car il ne fait que continuer la possession de son devancier, avec lequel il s'identifie.

Or, y a-t-il quelque chose de plus déraisonnable que ces deux règles?

Pourquoi forcer l'héritier à payer sur ses biens les créanciers du défunt? Si celui-ci avait survécu, il n'aurait pas pu les payer intégralement. Pourquoi sa mort serait-elle pour eux une occasion de bénéfice?

J'ai déjà dit que je faisais peu de cas des doctrines suivant lesquelles, le droit de succession n'existant pas de droit naturel, toutes les dettes d'un homme s'éteindraient à sa mort. En admettant même que cet homme n'eût pas d'héritiers, la justice voudrait toujours que l'on reconnût à ses créanciers un droit sur ses biens, puisque celui qui s'oblige oblige par-là même son patrimoine. Ses créanciers, lorsqu'il meurt, peuvent se saisir de ce gage; mais là doit s'arrêter leur action. Rationnellement parlant, l'héritier n'est tenu que comme détenteur des biens. Par conséquent, il ne peut être poursuivi *ultra vires hereditatis*[1].

Il est encore bien plus absurde que, par respect pour une fiction qui n'est plus comprise, on réputé de mauvaise foi un homme de bonne foi, en lui refusant un bénéfice auquel sa position lui donne des titres.

En cette matière, la loi a marché de fictions en fictions : ce qui est toujours un signe que la théorie est mal faite. Ainsi, les jurisconsultes veulent que la propriété soit acquise à l'habile à succéder, par l'effet de la saisine, avant même qu'il soit averti de l'ouverture de la succession, sauf à reconnaître plus tard, s'il vient à répudier, qu'il n'a jamais été héritier.

[1] Une chose bien plus rigoureuse encore, c'est que l'héritier soit tenu de payer les legs faits par le défunt sur son propre patrimoine, comme cela résulte des art. 783-802 du Code civil. Au moins le droit romain n'allait pas jusque là : *Neminem oportere plus legati nomine præstare quam ad eum ex hereditate pervenit... rescripto D. Pii continetur* (l. 1, § 17, *ad senatusconsultum Trebell.*, ff.)

Ne serait-il pas plus simple d'avouer que la propriété souffre une intermittence, ce qui est vrai; mais que les biens vacants restent sous la protection de la loi jusqu'à ce qu'il y ait acceptation de la part de ceux qui ont droit de la faire?

Les Romains avaient la maxime *Hereditas non adita non transmittitur*, qui signifiait que si l'habile à succéder mourait sans avoir accepté, il ne transmettait pas son droit à ses représentants. En Angleterre, aujourd'hui, la règle *Saisina facit stipitem*, est plus sévère encore : car elle veut dire que, pour transmettre des biens, il faut en avoir pris possession, suivant le principe que l'on ne transmet pas les choses auxquelles on n'a qu'un simple droit (*chose in action*), mais seulement celles qui sont entrées dans notre patrimoine (*chose in deed*)[1]. C'est sans doute pour éviter ces conséquences qu'on a inventé chez nous la fiction de la saisine, qui transporte, à l'instant même du décès, tous les droits du défunt, et même sa possession, sur la tête de son héritier. Quoi qu'il en soit, ce subterfuge ne paraît pas très-nécessaire : puisqu'on transmet héréditairement non-seulement des propriétés, mais des créances et de simples espérances, il n'y avait pas plus de difficulté à ce que le successible pût transmettre égalemen une succession sur laquelle il n'a pas encore eu le temps de prendre parti.

[1] Blackstone, liv. II, ch. 14.

§ II.

Comment se fait l'Acceptation.

La volonté d'être héritier fait l'acceptation. Cependant, aux yeux d'une science extérieure comme celle du droit, un *nudum propositum* ne peut être d'aucune considération, s'il n'a été manifesté par des paroles ou par des actes.

S'il se manifeste par des paroles, par des écrits, en un mot par une déclaration formelle, on dit qu'il y a *adition* ou acceptation d'hérédité.

S'il se révèle par un acte emportant implicitement la volonté d'être héritier, on dit qu'il y a gestion d'héritier (*pro hærede gestio*), comme si l'habile à succéder vend les biens, abat les forêts, ou démolit les maisons.

§ III.

Des causes d'Annullation de l'Acceptation.

Si la loi était faite conformément aux principes ci-dessus exprimés, rien ne serait plus simple que de déterminer les causes qui autoriseraient un héritier à rétracter son acceptation.

Il le pourrait par simple repentir, en abandonnant aux créanciers les biens qu'il détient, puisqu'il ne

serait pas tenu personnellement des dettes de la succession.

Il le pourrait, à bien plus forte raison, s'il avait été l'objet d'une violence ou d'un dol.

La découverte d'un testament ou de dettes ignorées d'abord, fournirait rarement à l'héritier l'occasion de revenir sur son acceptation, puisqu'il ne serait jamais tenu de payer ni les dettes, ni les legs, *ultra vires hereditatis*. On ne saurait toutefois lui retirer le droit de répudiation en pareilles circonstances, le simple repentir suffisant, comme nous l'avons dit, pour en motiver l'exercice.

Au lieu de ces notions rationnelles, le droit romain avait posé une règle tout aussi factice que les autres : *Semel heres, semper heres*, à laquelle la jurisprudence est encore soumise, bien qu'on ne voie pas pourquoi la qualité d'héritier serait plus indélébile que celle de propriétaire.

CHAPITRE XVII.

Des Pactes sur les Successions futures.

Les savants ont quelquefois discuté si, en pure raison, une succession non encore ouverte peut être l'objet d'un pacte. Il n'est pas plus impossible de pactiser sur une succession future que sur tout autre droit en espérance : cela est évident. Aussi les lois

qui ont défendu ces sortes de conventions, comme celles qui les ont permises, n'ont-elles obéi qu'à des considérations politiques.

Il se fait, sur les successions, trois espèces de pactes fort différents, que j'appellerai pactes d'institution, pactes de renonciation, et pactes de disposition.

§ I.

Pactes d'Institution.

Le pacte d'institution est celui par lequel une personne convient avec une autre de lui laisser sa succession en tout ou en partie.

L'esprit du droit germanique ancien, qui a eu tant d'influence sur le nôtre, paraît avoir été de rejeter les testaments, dont usaient seulement les personnes soumises au droit romain, mais d'admettre, au contraire, les dispositions après la mort, quand elles étaient faites par contrat et accompagnées de certaines solennités symboliques, telles que celle de l'*affatomie* dans la loi salique[1]. Serait-ce le motif pour lequel les pactes sur les successions futures sont encore aujourd'hui tolérés généralement en Allemagne?

Quoi qu'il en soit, chez nous, ce furent les nécessités du régime des fiefs qui firent admettre les insti-

[1] Mittermaier, *Principes du Droit allemand*, t. II, § 152.

tutions contractuelles dans la noblesse. Le contrat de mariage était l'acte dans lequel se stipulaient d'ordinaire les arrangements de famille. On y assurait à l'un des époux la survivance du fief, avec l'agrément du seigneur, qui intervenait pour accepter son futur vassal et garantir ainsi la prestation des services qui lui étaient dus. Mais tout cela restait étranger aux roturiers, qui ne participaient pas aux bénéfices du droit féodal[1].

De nos jours, les institutions contractuelles sont tombées dans le droit commun, mais avec cette condition, qu'elles ne peuvent être faites que par contrat de mariage, au profit de l'un des époux et des enfants à naître de la future union.

L'inconvénient de ces sortes de dispositions, c'est qu'elles sont irrévocables, et qu'elles peuvent préparer des regrets à celui qui les a faites. C'est sans doute pour ce motif qu'on n'a pas voulu en permettre l'usage en règle générale.

§ II.

Pactes de Renonciation.

Les pactes de renonciation à une succession future devinrent encore d'un usage plus fréquent dans

[1] Laferrière, *Histoire du Droit français*, t. I, p. 149. Les praticiens se prévalurent de quelques lois romaines qui admettaient les pactes successoraux entre soldats; et comme le mot

le moyen âge. Ils servaient à grossir la portion héréditaire des mâles, en faisant renoncer les filles à la succession paternelle à l'époque de leur mariage. Elles déclaraient s'en tenir à la dot qui leur était donnée, et qu'elles n'obtenaient qu'à cette condition. Fille dotée, n'eût-elle reçu qu'un chapel de roses, n'avait plus rien à demander, selon quelques-unes de nos coutumes[1].

Lorsqu'éclata la réaction contre les priviléges de l'aristocratie, l'on défendit entièrement les renonciations aux successions futures, qui demeurèrent frappées de nullité.

Le fait est que ces renonciations seraient presque toujours suspectes de défaut de liberté dans le consentement; et comme, d'un autre côté, l'on imagine difficilement à quoi elles serviraient, si ce n'est à avantager l'un des héritiers aux dépens des autres, on a sans doute bien fait de les proscrire.

miles signifiait *chevalier* dans le latin du moyen âge, ils s'empressèrent de l'appliquer à la noblesse.

[1] V. Anjou, 241; — Touraine, 284; — Loudun, XXVIII, 26; — Maine, 258. Il y avait même des coutumes d'après lesquelles toute fille mariée perdait par-là même son droit de succession, à moins qu'elle n'eût été *rappelée* par ses père et mère dans son contrat de mariage: Auvergne, XII, 27. — LABOULAIE, *de la Condition civile des Femmes*, p. 366.

§ III.

Pactes de Disposition.

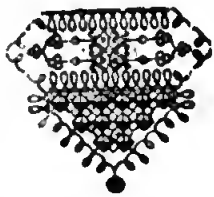
J'appelle de ce nom ceux qui ont pour but de disposer, à titre gratuit ou à titre onéreux, de la succession d'un tiers encore vivant.

Qu'un fils vende la succession de son père, qu'un neveu vende la succession de son oncle avant qu'elle soit ouverte : il y a là sans doute un acte d'avidité peu convenable [1] ; mais c'est à l'opinion seule à faire justice de ce qui ne blesse que les convenances, et il serait difficile d'annuller par ce motif les conventions dont il s'agit, s'il n'en résultait pas quelque chose d'inquiétant pour celui dont la dépouille aurait été vendue par avance : peut-être ceux qui l'auraient achetée finiraient-ils par trouver qu'il la fait bien attendre.

Je sais que le même danger n'a pas fait prohiber les ventes à fonds perdu ; mais ici, du moins, c'est le propriétaire lui-même qui s'y expose volontairement. Il s'y expose pour un avantage évident, dont il est l'appréciateur ; tandis qu'au contraire, la fa-

[1] *Quia inhiavit hereditatem tanquam esuriens lupus, et spe devoravit.* Cujas, *Resp. Papin.*, l. x. — *Quasi vultur in cadavere circumvolitans*, ajoutait Duaren. Le droit romain déclarait indigne de succéder celui qui avait vendu la succession d'avance.

culté de vendre une succession future ne serait guère qu'un moyen de ruine anticipée pour les héritiers prodigues. On peut ajouter que tous ces pactes se font à l'aveugle, sans savoir la valeur de la chose qui en est l'objet; et ces motifs suffisent sans doute pour justifier la sévérité avec laquelle on les envisage.



LIVRE QUATRIÈME.

DES OBLIGATIONS.

Digitized by Google

SOMMAIRE DU LIVRE QUATRIÈME.

Des obligations. Les obligations dérivent de deux sources : 1° des faits de l'homme, lesquels peuvent constituer eux-mêmes soit des délits ou quasi-délits, soit des quasi-contrats ; 2° des contrats. — Des délits et des quasi-délits. — Des quasi-contrats. — Des contrats; principe de leur force obligatoire. — Des conditions essentielles des conventions. — Du consentement; des symboles. Vices du consentement : défaut de liberté, erreur, dol. — De l'objet des contrats. — De l'effet des conventions à l'égard des tiers. — Des diverses modalités des obligations : obligations à terme, obligations conditionnelles. — De la nature du droit contractuel. — Des dommages-intérêts ; de la prestation des fautes. — Des voies ouvertes pour l'exécution des engagements. — De l'extinction des obligations.

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER.

Des Obligations.

Les obligations, et surtout les obligations contractuelles, sont la partie du droit où les principes de la raison pure s'appliquent le plus librement. Aussi, tandis que l'état des personnes s'est développé graduellement; tandis que les lois de la propriété ont varié au gré des idées religieuses et politiques, et sont devenues le point de mire des théories novatrices, les règles des contrats sont demeurées comme les colonnes inébranlables de la jurisprudence, autour desquelles se rallient tous les principes, tous les intérêts.

On appelle obligation un lien de droit par lequel une personne est contrainte à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

Une obligation suppose toujours deux personnes : une personne obligée, qui est le *débiteur;* et une personne appelée *créancier,* qui a le droit d'exiger l'exécution de l'obligation.

Ce droit, correspondant à l'engagement du débiteur, est proprement ce qu'on désigne, dans le langage de la jurisprudence, par le mot de droit *personnel.*

Ses caractères, par opposition au droit *réel,* sont, en général, que le créancier ne peut le poursuivre que contre son débiteur, et non pas contre les tiers à qui la chose due aurait été transmise; qu'il continue d'astreindre la personne, quoiqu'elle ait perdu la possession de l'objet dû; qu'il passe contre l'héritier du débiteur après la mort de celui-ci; qu'il n'existe, en un mot, que contre une personne déterminée, qui s'est engagée par son délit ou son contrat, tandis que le droit réel existe comme absolu à l'encontre de tout venant.

Parmi les distinctions auxquelles les obligations ont donné lieu, il y en a une particulièrement célèbre, celle des obligations *civiles* et des obligations *naturelles.* On nomme obligations civiles celles que consacre la loi sociale, en prêtant au créancier le secours de la force publique pour en obtenir l'exécution. On appelle au contraire obligations naturelles celles qui, bien que fondées en équité, ne peuvent pas donner lieu à une action judiciaire. C'est une grave difficulté que de savoir et quelles sont les

obligations naturelles, et, en les supposant connues, quels en seront les effets.

Il semble d'abord que les obligations naturelles ne doivent leur origine qu'à une imperfection de la loi positive qui s'est écartée de l'équité; mais que si cette loi était faite comme elle doit l'être, ces sortes d'obligations n'existeraient pas, ou, si l'on veut, qu'elles seraient toujours des obligations civiles, puisque le devoir du l'égislateur est de consacrer tous les droits qui reposent sur la raison.

Il est incontestable que plus la loi est défectueuse, plus il y a d'obligations naturelles, ou, en d'autres termes, de droits méconnus. Mais, en supposant même la loi la plus rationnelle, il est impossible qu'elle ne laisse pas subsister encore un grand nombre de ces obligations.

Elles résulteront généralement de ce que le législateur, statuant *ex eo quod plerumque fit*, est obligé d'établir des règles générales, lesquelles ne peuvent faire autrement que de se trouver fausses dans certains cas particuliers. Par exemple, il a fallu fixer l'âge de la majorité, et statuer qu'un contrat fait avant cet âge serait nul. On sent cependant que, la veille de sa majorité, l'homme peut avoir donné un consentement très-éclairé et très-valable en droit naturel. Dans ce cas, il sera tenu d'une obligation naturelle, mais non d'une obligation civile.

Les auteurs ont toujours été embarrassés pour déterminer l'effet qu'il convenait d'attribuer léga-

lement à ces obligations qui légalement n'existent pas. Il est bien entendu qu'il ne s'agit pas ici de la conscience, qui reste en dehors des discussions juridiques.

Il semble qu'il y aurait de la contradiction à ce que la loi reconnût un effet quelconque à des engagements qu'elle refuse de ratifier par voie directe. Cependant les jurisconsultes posent des règles contraires. Ils enseignent notamment que l'obligation naturelle n'est impuissante qu'à conférer une action, mais qu'elle peut fonder une exception; qu'elle est suffisante pour exclure la répétition de l'indu, quand la dette a été payée; qu'elle peut être l'objet d'un cautionnement, servir de base à une hypothèque, etc.

Toutes ces règles étaient convenables dans une législation comme la législation romaine, où les principes se puisaient dans un droit civil très-inique, avec lequel un autre droit, formé par les magistrats et les jurisconsultes, était perpétuellement en contradiction. Ce nouveau droit, redressant les injustices du premier, s'emparait des obligations naturelles que créaient ses imperfections nombreuses, en s'efforçant de guérir les plaies faites à l'intérêt privé.

Mais dans le droit de la raison et dans l'hypothèse d'une loi bien faite, il n'est plus possible de procéder de même. Alors la loi, n'ayant refusé de sanctionner telle obligation que pour de justes mo-

tifs, elle ne saurait lui prêter, d'un autre côté, sa protection sans se démentir elle-même.

La décision de la logique ne peut donc être que celle-ci : ne contraindre personne à l'exécution de ces obligations, et ne leur accorder aucun effet, ni en agissant, ni en défendant, tant qu'elles n'ont point été volontairement reconnues; mais si elles l'ont été soit par le débiteur, soit par un tiers, leur accorder tout l'effet des obligations civiles contre celui qui les a reconnues, parce que l'aveu de la personne doit l'emporter sur la présomption de la loi.

Ainsi, un mineur a-t-il payé, après sa majorité, la dette contractée en minorité, il n'aura pas de répétition, parce qu'il a avoué par-là qu'il devait naturellement. Il en serait de même s'il s'était contenté de donner une hypothèque pour cette promesse nulle en droit.

Si c'est un tiers qui intervient pour cautionner le pupille, ce cautionnement vaudra relativement à celui qui l'a donné; mais il ne validera pas l'obligation du pupille, tant que celui-ci n'aura pas volontairement reconnu sa dette après l'âge où il est devenu capable.

Cette même distinction s'applique à tous les autres cas d'obligation naturelle, par exemple à celui où un débiteur serait absous à tort par le juge, et à celui où le créancier aurait perdu son action par la prescription.

Si l'on recherche les causes qui donnent nais-

sance aux obligations, on voit qu'elles dérivent ou d'un contrat, ou d'un fait. Ce fait lui-même peut être un délit, un quasi-délit, ou un quasi-contrat.

Nous commencerons ici par traiter des obligations résultant d'un fait : car ces obligations sont plus naturelles et plus anciennes que les autres. Il est évident, en effet, que les hommes, avant de former des contrats, ont commencé par être obligés les uns envers les autres, ne fût-ce que par le lien de la paternité et de la filiation, ou par les attaques de la vie sauvage.

CHAPITRE II.

Des Délits et des Quasi-Délits.

Aux yeux de la raison, ces deux idées : Tu ne nuiras pas à autrui, ou Tu répareras le mal que tu auras causé, sont entièrement équivalentes.

Nous avons rangé sous le même titre les délits et les quasi-délits, quoique sous d'autres rapports il y ait intérêt à les distinguer. Tantôt on appelle *délits* les faits que la loi frappe d'une peine, et *quasi-délits* ceux qui nuisent à autrui sans être l'objet d'une répression pénale; tantôt on distingue les délits des quasi-délits, en ce que les premiers impliquent une intention criminelle, tandis que les seconds ne présupposent qu'une simple

négligence. Mais ici, n'ayant à envisager que la réparation civile, nous pourrons sans inconvénient confondre ensemble toutes les actions nuisibles.

L'homme est obligé à réparer tout préjudice causé sans droit à autrui.

Cela exclut d'abord l'idée d'une obligation toutes les fois que je n'ai fait qu'user de mon droit; comme si, en construisant sur mon terrain, j'ai privé mon voisin de ses jours, ou si, en faisant incarcérer mon débiteur, je l'empêche de nourrir sa famille ou je lui fais perdre un emploi. Mais cette condition suffit-elle? Ne faut-il pas en outre qu'il y ait faute imputable à l'agent? Il se présente ici des questions difficiles que j'examinerai dans les paragraphes suivants.

§ I.

L'Obligation résulte-t-elle du simple fait, *ou faut-il qu'il y ait* faute?

Un fou, dans le paroxysme de sa folie, s'échappe dans la rue, saisit un pavé, et brise quelque objet précieux dans une boutique : on demande s'il est obligé à réparer le préjudice qu'il a causé.

La plupart des auteurs répondent négativement, en partant de cette idée, qu'il n'y a responsabilité que là où il y a faute. Ils peuvent se fonder sur le droit romain; et la lettre de nos lois paraît égale-

ment favorable à leur opinion. Toutefois je n'admets pas cette doctrine, persuadé que, de droit naturel, tout fait de l'homme causant du préjudice à quelqu'un, l'oblige à le réparer, lorsque ce fait n'est pas dans son droit[1].

Commençons par repousser un sophisme que l'on fait ordinairement en soutenant que, dans l'hypothèse, ce n'est pas l'insensé, mais son tuteur, qui sera tenu au dédommagement. Cela peut être vrai quelquefois, s'il y a négligence à imputer au tuteur. Mais ce n'est pas résoudre la difficulté, puisqu'il est possible que l'insensé n'ait pas été pourvu d'un tuteur, et qu'alors, en le plaçant seul vis-à-vis de celui qui a souffert, la question reste tout entière. Les raisons que l'on fait valoir pour l'absoudre, se réduisent aux trois points suivants[2] :

1° L'insensé n'ayant pas agi volontairement, le dommage causé est comparable à celui qui résulte d'un cas fortuit, dont personne n'est responsable.

Je réponds à cela que l'absence de volonté empêchera l'application d'une peine; mais qu'il n'en résulte pas l'affranchissement de l'obligation civile. Un cas fortuit est l'effet d'une cause inconnue, et

[1] V. l. 5, § 2, *ad Leg. Aquil.* ff. — L'art. 1382 du Code civil exige la *faute;* et le Code autrichien (art. 1306) est encore plus formel dans le même sens.

[2] Ces raisons sont celles de Barbeyrac, dans ses notes sur Puffendorf. On a beau médire de ces auteurs; leur influence est encore empreinte partout dans nos lois.

voilà pourquoi celui qui souffre d'un cas fortuit n'en peut demander réparation à personne. Ici, je sais parfaitement qui m'a nui, et le fait de l'insensé, n'étant pas dans son droit, était contraire au mien. Pourquoi donc serait-ce à moi d'en souffrir?

2° C'est assez faire pour l'ordre public, poursuit-on, que d'ordonner la réparation du préjudice quand il y a faute, sans l'ordonner aussi quand il y a simple fait.

Je réponds que le droit privé n'a rien de commun avec l'ordre public. J'avoue que le droit criminel, qui protège l'ordre, n'interviendra pas; mais le droit privé ne protège que la partie qui a souffert, et je ne vois pas pourquoi elle resterait sans secours.

3° Si l'on déclare un homme responsable de son fait, on pourra donc attaquer en dommages-intérêts celui qui tombe d'un toit et qui tue un passant.

Dût-on crier au paradoxe, je répondrai affirmativement, s'il était monté sur ce toit sans nécessité, ou sans avoir l'expérience nécessaire pour s'y tenir. Que si rien de pareil ne lui est imputable, s'il est tombé par l'effet d'un coup de vent, je l'affranchirai de toute responsabilité, parce qu'il n'y a pas même de *fait* de sa part. Il n'y a de fait que celui dont la cause est dans la propre activité de l'homme. Dans les autres cas, il est un instrument passif, une sorte de projectile; mais la cause est ailleurs, et la responsabilité aussi [1].

[1] Les lois de Henri II, en Angleterre (1189), appliquaient le

Ajoutons à cela quelques considérations.

Le fait dommageable était si peu dans le droit de celui qui le commettait, que la personne lésée pouvait employer la force pour s'en garantir. Or, si elle pouvait causer du mal à l'agent dans sa personne, comment n'aurait-elle pas une action en indemnité contre lui?

L'un a fait, quoique sans volonté de nuire, ce qui n'était pas dans son droit; l'autre a souffert une atteinte dans ses biens : en admettant qu'ils soient innocents tous les deux, pourquoi serait-ce le second qui subirait la perte?

C'est une singulière contradiction, dans laquelle cependant les lois sont tombées, que d'absoudre un insensé parce qu'il n'y a pas faute de sa part, et de déclarer responsable le propriétaire d'un animal, quand cet animal cause quelque dommage, sans distinguer ou non si le maître a eu un défaut de surveillance à s'imputer. En sorte que si un cheval appartient à un insensé, le maître répondra du fait de son cheval et ne répondra pas de son propre fait. On sent que ce n'est pas là de la logique.

Je conclus en disant que le principe des obligations quasi-délictueuses n'est pas la faute, mais le fait préjudiciable commis sans droit.

talion à cette hypothèse, en décidant que si le blessé persistait à vouloir se plaindre, il devait aussi se laisser choir sur son adversaire : *Si quis obstinata mente contra omnem æstimationem judicare vel weram exigere præsumpserit, si placet, ascendat, et illum similiter irruat.* Leg. Henric., pr. 90.

§ II.

De la Responsabilité du Fait d'autrui.

De droit naturel, il n'y a point de responsabilité du fait d'autrui, pas plus au civil qu'au criminel, à moins que la personne responsable n'ait dû surveiller les actions de celle qui a causé le délit, cas auquel c'est son propre fait, c'est-à-dire son défaut de surveillance, qui est le principe de son obligation.

C'est d'après cette idée que presque toutes les législations ont déclaré le père responsable des actes de son fils, ce qui n'est rien autre chose qu'établir une présomption légale que le père aurait pu empêcher l'acte dommageable, soit immédiatement, soit en donnant une meilleure éducation à son enfant. Mais pour être juste, il faut réserver au père la faculté de prouver qu'il n'a pas de reproche à se faire.

Il n'y a pas lieu de statuer différemment pour le maître, relativement au dommage causé par ses domestiques ou par les animaux qui lui appartiennent. On fait un sophisme évident, quand on dit que chacun est libre de se passer de domestiques ou de chevaux, et que dès-lors il est responsable de leur fait, qu'il ait pu ou non l'empêcher. Cela serait bien, s'il s'agissait de quelque animal nuisi-

ble dont la seule possession est une imprudence. Mais dans la vie sociale, le fait d'avoir des domestiques ou des chevaux n'est ni un délit ni un quasi-délit, et l'on ne voit pas pourquoi je serais plutôt tenu des fautes de mon domestique que de celles de mon fermier ou de mon tailleur.

Quand deux animaux se sont blessés en se battant, il n'y a pas lieu non plus de rechercher, comme quelques-uns le veulent, lequel a été l'agresseur. Cette recherche supposerait qu'on peut connaître le degré de méchanceté des animaux, l'échange de leurs idées et leurs modes de provocation. Il faut voir si l'un des maîtres est en faute; sinon, considérer le dommage comme arrivé par cas fortuit.

Que doit-on dire lorsque c'est une chose inanimée qui a causé le mal? On a vu déclarer le propriétaire d'un étang responsable de la mort de ceux qui s'y noieraient [1]. Cette responsabilité, ici comme dans les autres cas, ne saurait être juste que s'il y avait faute ou négligence à imputer au maître de la chose : c'est ce qui aurait lieu si le propriétaire d'une maison la laissait tomber par défaut de réparations, et que sa chute blessât quelqu'un.

Une responsabilité bien autrement importante est celle qui oblige les communes à réparer les préjudices causés par sédition. Autrefois, dans les usages germaniques, tous les *compagenses* répondaient des

[1] Par exemple, dans les anciennes lois danoises. KOLDERUP, p. 115.

délits commis sur leur territoire [1]. Ce principe, conservé chez plusieurs nations modernes, a toutefois été restreint aux délits commis à main armée.

Cette responsabilité est sage; mais, pour savoir sur qui elle doit peser, il importe de se rendre compte du principe sur lequel elle repose. On a proposé à ce sujet deux systèmes: l'un, d'après lequel elle puiserait sa source dans la solidarité morale de tous les habitants, et, pour ainsi dire, dans une sorte d'assurance du fait de chacun par tous, ce qui était la pensée du droit germanique; l'autre, d'après lequel cette obligation serait imposée à la commune pour la punir de n'avoir pas su maintenir l'ordre dans son sein. Si l'on adopte le premier principe, il faut déclarer responsable non pas la commune où le désordre a été commis, mais celle à laquelle appartiennent les auteurs de ce désordre. Le second système n'imposera, au contraire, la responsabilité qu'aux habitants du lieu où le dommage a été causé.

La raison historique conduirait ici à d'insurmon-

[1] V. Grimm, *Antiq. du Droit*, p. 291; Eichhorn, *Hist. du Droit germ.*, § 18. Mais c'est surtout en Angleterre que cette responsabilité en commun s'était le mieux développée : sous les rois de l'Heptarchie, tous les habitants devaient se cautionner réciproquement dix par dix (*sub decennali fidejussione*). Wilkins, *Leg. Edowardi*, c. 20. Plus tard, sous Guillaume-le-Conquérant, tous les habitants du Hundred répondent des crimes commis. Phillips, *Hist. du Droit anglais*, t. II, p. 326. Encore aujourd'hui, la demande en pareil cas doit être formée dans les trois mois.

tables difficultés. D'un côté, dans une sédition à laquelle ont pris part des hommes venus de tous les points de la France, il faudrait traduire en jugement un nombre infini de communes; et de l'autre, comment ceux qui ont souffert connaîtraient-ils à quel lieu appartiennent les émeutiers?

Le second point de vue paraît plus conforme à nos idées. Je dois ajouter toutefois que si la commune prouvait qu'il lui a été impossible de maintenir l'ordre, c'est alors l'Etat tout entier qui devrait réparer le dommage.

§ III.

Ceux qui ont commis un dommage en commun sont-ils tenus solidairement de le réparer?

La règle générale, en matière d'obligations conventionnelles, est que chacun de ceux qui se sont engagés ensemble est tenu divisément pour sa part, à moins qu'il n'apparaisse d'une intention contraire.

Dans les délits et les quasi-délits, quel est le caractère de l'obligation des coauteurs? Sans doute, l'action solidaire assurerait plus efficacement la réparation du dommage. Mais, en droit naturel, cette simple considération ne saurait suffire pour leur imposer le fardeau de la solidarité.

Voici le grand principe qui doit servir de guide en cette matière :

S'il y a eu concert frauduleux entre ceux qui ont nui à quelqu'un, ils sont tenus solidairement. Le délit s'est accompli d'un commun accord. Chacun est censé avoir donné conseil et assistance à tous les autres; chaque coupable a non-seulement commis le mal pour sa part, il a facilité sa perpétration pour les autres parts : car s'il avait refusé son concours, il est présumable que le projet n'eût pas reçu d'exécution : il est juste que la solidarité atteigne tous les complices.

Au contraire, n'y a-t-il point eu de concert entre les auteurs du dommage, leur obligation reste dans les termes du droit commun, et la responsabilité se divise entre eux.

Ajoutons que, dans le cas même où il y a lieu à la solidarité, la justice veut qu'elle ne soit que subsidiaire, c'est-à-dire que chacun ne soit tenu que pour sa part, si tous sont connus et solvables, à moins que l'on ne puisse distinguer quel est celui qui a fait le mal, ou que, par la nature des choses, le dommage puisse être attribué en totalité à chacun d'eux.

C'est ce qu'éclairciront les exemples suivants :

Plusieurs individus s'associent pour commettre un vol à mon préjudice; ils emportent un sac d'argent qu'ils partagent entre eux. Je dis que si je les connais tous, et que je parvienne à les faire arrêter, je devrai demander à chacun sa part virile dans la réparation du dommage; mais que si l'on ne peut en saisir qu'un, ce dernier sera obligé pour le tout :

sans son assistance, le vol ne se serait peut-être pas consommé [1].

Je suppose, au contraire, qu'un troupeau de moutons appartenant à plusieurs s'échappe dans mon taillis par un simple défaut de surveillance. Dans ce cas, la responsabilité, pour chaque propriétaire, sera proportionnée à sa part dans la propriété du troupeau.

Que si, enfin, l'auteur véritable du délit demeurait inconnu, ou si le fait de chaque coupable était de nature à causer le mal en entier, on pourrait de prime abord, sans distinction, exiger de chacun une réparation intégrale, de manière toutefois que le paiement fait par l'un d'eux emportât la libération des autres [2]. Tel serait le cas où deux individus auraient fait feu en même temps sur une personne

[1] On n'approuvera donc point une décision de Puffendorf, qui prétend que si trois individus en attaquent un autre à coups de bâton, et que l'un le blesse à la tête, que l'autre lui casse un bras, et que le troisième lui casse une jambe, chacun ne répond à part soi que de la blessure qu'il a faite (liv. III, ch. I, n° 5). Je pense, au contraire, qu'ils sont tenus solidairement, parce qu'ils se sont tous prêté secours, et que, sans leur accord, le blessé aurait pu se défendre contre chacun d'eux en particulier.

[2] La loi *Aquilia*, chez les Romains, établissait plus qu'une solidarité en ce cas, puisque le propriétaire qui avait souffert pouvait se faire payer la totalité des dommages-intérêts autant de fois qu'il y avait de délinquants : *Omnes. . .teneri Julianus ait, et si cum uno agatur, cæteri non liberantur: nam ex lege Aquilia quod alius præstitit alium non relevat, cum sit pœna.* Digest. *ad Leg. Aquil.*, l. 11, § 2. — Mais c'était un excès de faveur que rien ne justifie.

qui serait tombée atteinte d'une seule balle; tel le cas encore où plusieurs malfaiteurs auraient percé la digue d'un étang en des endroits divers.

§ IV.

De l'Abandon noxal.

L'abandon noxal (*noxæ deditio*) est l'abandon que le propriétaire fait de la chose ou de l'animal qui a causé le dommage à celui qui l'a souffert, pour se dispenser de le réparer.

Bien qu'un tel usage soit difficile à justifier en logique, il s'est rencontré chez tant de nations entre lesquelles aucune communication d'idées n'est supposable, qu'il faut bien qu'il ait quelque raison plausible.

Il était naturel, en effet, à des peuples grossiers de considérer l'agent irrationnel d'un crime comme criminel lui-même. De là ces sentences rendues dans l'antiquité contre des images, et, au moyen âge, contre des animaux. Les Grecs condamnaient les statues à être précipitées dans la mer. Les Juifs et les Francs Ripuaires ordonnaient que la poutre qui avait tué un homme en tombant fût abandonnée aux parents du mort. Nos vieilles coutumes condamnaient les animaux qui avaient commis un homicide à être pendus par les pieds de derrière [1].

[1] Ainsi le décidaient les plus anciennes Coutumes de Bour-

Il semble également naturel qu'une chose ne puisse pas être pour son propriétaire la cause d'un préjudice supérieur à sa propre valeur.—Tels étaient sans doute les principes confus sur lesquels reposait l'abandon noxal.

Mais la réflexion montre qu'aucun de ces principes n'a de solidité; qu'une chose ne peut être tenue par elle-même de réparer un préjudice; que si son maître y est obligé, il ne peut l'être que par suite de sa négligence personnelle : d'où il suit qu'il doit la réparation complète, ou qu'il ne la doit pas du tout.

§ V.

Des Compositions.

Le système des compositions fut celui de toutes les anciennes lois franques et barbares. Il consistait dans une espèce de tarif légal des injures et des blessures. Chaque membre était évalué : la race de l'offensé, sa dignité, faisaient varier la somme

gogne, en faisant toutefois une exception en faveur des chevaux et des bœufs, dont il ne devait pas être fait justice (Bouhier, t. I). Fevret (*Traité de l'Abus*, t. I, p. 334) rapporte que l'archidiacre d'Autun et l'archidiacre de Beaune se disputaient le droit d'excommunier les hannetons dans le territoire de cette dernière ville : *Quis ferre debeat sententiam anathematizationis contra ejusmodi animalia, an archidiaconus æduensis, an archidiaconus Belnæ?*

qui, en cas de meurtre, devait être payée à sa famille[1].

Ce système était tellement dans les mœurs des hommes du moyen âge, que les bêtes elles-mêmes eurent aussi leur *Wehrgeld*[2].

Il ne faut pas chercher la source de cette institution dans la crainte de l'arbitraire ou dans le désir d'échapper à la partialité des juges, puisque alors la justice était rendue dans le plaid des hommes libres. Elle marquait déjà un progrès : car elle succédait à la *faïda (fehde)*, c'est-à-dire à la *vendetta* des peuples germaniques. Dans l'origine, ils n'avaient pas d'autre justice criminelle que le droit reconnu à la famille de l'offensé de tirer vengeance de l'outrage. La composition fut le prix moyennant lequel on pouvait contraindre la famille outragée à renoncer à ce droit primitif. En sorte que la composition était moins une amende prononcée contre le coupable, qu'un moyen qu'on lui offrait pour se rédimer.

[1] V. Chateaubriand, *Etud. hist., disc.* vi. — Le Franc avait, dans la loi salique, un *Wehrgeld* double de celui du Romain. Les ecclésiastiques jouirent plus tard du même honneur. En général, les compositions sont un moyen d'apprécier les diverses conditions sociales.

[2] *Si quis felem, horrei regii custodem, occiderit vel furto abstulerit, felis summa cauda suspendatur, capite ad eam attingente, et in eam grana tritici effundantur usquedum summitas caudæ tritico cooperiatur.* Wotton, *Lois du pays de Galles*, l. 3, c. 5, n° 5.—Le même usage avait lieu en Suisse. (Bluntschli, t. , p.); et on le retrouve encore en Arabie (Grimm, p. 670).

On ne trouve plus rien d'analogue aujourd'hui, sinon dans le Code russe, où les dommages-intérêts dus pour injures sont fixés proportionnellement au traitement de l'offensé, s'il est fonctionnaire public, ou aux impôts qu'il paie, s'il est propriétaire. C'est une trace de l'ancienne *betschestie* des peuples slaves, dont l'origine est, du reste, tout-à-fait différente de la composition [1].

Tous ces systèmes ne sont, pour ainsi dire, qu'une pétrification du droit, qui consiste à tout régler d'une manière invariable, comme si ce que l'on donne de trop à l'un était compensé par ce que l'autre reçoit en moins. Il n'y a qu'une manière de réparer les préjudices résultant d'un délit : c'est de faire fixer par la Justice les dommages-intérêts qui en sont la représentation.

Nous verrons plus bas, en parlant des contrats, comment cette évaluation doit se faire.

CHAPITRE III.

Des Quasi-Contrats.

On appelle *quasi-contrats* certains faits licites par lesquels une personne se trouve engagée envers une autre, sans convention.

On parle depuis bien long-temps des quasi-con-

[1] Maciejowski, *Hist. du Droit slave*, t. iv, p. 6.

trats, sans que les jurisconsultes soient encore parvenus à s'accorder sur les conditions qui les constituent, ni sur le principe d'où dérive leur force obligatoire.

Un médecin rencontre dans la rue un apoplectique; il le saigne, et lui sauve la vie; mais l'apoplectique, revenu à la santé, ne veut pas le payer: il pourra y être condamné en vertu d'un quasi-contrat.

Pour expliquer la naissance de l'obligation dans ce cas et dans les cas pareils, l'Ecole a long-temps voulu voir dans les quasi-contrats des conventions feintes[1]. Mais qu'est-ce qu'une convention feinte? Une chose feinte est une chose qui n'existe pas. C'est donc invoquer ce qui n'existe pas, pour justifier ce qui existe. Le principe de toutes ces fictions venait d'une supposition fausse, à savoir que l'homme ne peut se trouver obligé que par un acte de sa volonté, principe qui, sur un champ plus vaste, produisit la théorie du contrat social. Mais, dans la vérité, l'homme est sous le joug de mille obligations qui ne résultent pas de sa volonté, et contre lesquelles sa volonté est même en lutte.

D'autres veulent que le principe des quasi-con-

[1] *Quasi-contractus dicitur conventio ficta, in qua consensus unius expressus est, consensus autem alterius tantummodo præsumitur.* Wolff, Instit. Jur. nat., § 686. — Si un physicien, pour expliquer la cause des marées, les attribuait à un vent feint, parce que le vent produit quelquefois des marées factices, chacun se moquerait de lui. Son procédé de raisonnement serait pourtant le même que celui de Wolff.

trats soit dans cet axiome de justice, que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Cela est vrai dans beaucoup de circonstances, notamment si quelqu'un a fait des déboursés en mon absence pour gérer mes affaires. Mais cet apoplectique ne s'est pas enrichi aux dépens du médecin qui l'a traité; peut-être même la vie lui était-elle à charge: et cependant on sent qu'il est obligé.

On n'est pas plus d'accord pour savoir si le fait qui constitue le quasi-contrat doit être volontaire, comme les rédacteurs de notre Code civil paraissent l'avoir cru [1]. En effet, dans ce système, que ferait-on de la tutelle, du voisinage, de l'indivision, tous faits qui peuvent n'être pas volontaires, et qui cependant produisent des engagements.

Quelques-uns exigent, pour que l'obligation prenne naissance, que l'auteur du fait ait eu l'intention d'obliger son adversaire envers lui. Mais on ne voit pas non plus que cette condition soit indispensable: car, si j'ai augmenté d'un étage une maison que je croyais de bonne foi m'appartenir, et que je l'aie rendue par-là plus productive, il sera très-juste que le propriétaire à qui je serai obligé de la restituer, m'indemnise de la plus-value.

Quelle est donc, en définitive, la nature vraie du quasi-contrat?

[1] L'art. 1371 définit les quasi-contrats, « les faits *purement volontaires* de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties. »

Le quasi-contrat est tout fait volontaire ou involontaire de l'homme, duquel il est juste que naisse une obligation, quoique sans consentement des deux parties.

Il est difficile de préciser davantage cette définition, parce que les quasi-contrats, qui comprennent tous les engagements non-résultants des contrats, des délits ou des quasi-délits, ont une nature plus négative que positive. Ils tiennent à une quantité de causes diverses, parmi lesquelles j'énoncerai seulement les suivantes :

1° Le principe *que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui.* C'est par suite de cette règle que le maître dont la chose a été améliorée, même à son insu, doit indemniser l'auteur de l'amélioration.

2° *L'intérêt public,* qui, dans le quasi-contrat de voisinage, a fait imposer aux deux voisins l'obligation de se borner à frais communs, celle de se clore dans les villes, celle de ne pas ouvrir de vue à moins d'une certaine distance.

3° Le principe *que personne ne doit nuire aux autres.* C'est ce principe qui est au fond du quasi-contrat de paternité, et qui fait que les père et mère doivent nourrir leurs enfants, à qui ils nuiraient, si, après leur avoir donné naissance, ils ne venaient pas à leur secours.

Sans multiplier davantage les exemples, nous allons nommer les principales espèces de quasi-contrats.

1° *La Gestion d'Affaires.*—Elle a lieu toutes les fois

qu'une personne gère utilement les affaires d'une autre, sans mandat de celle-ci. Deux obligations réciproques en dérivent : la première, du gérant, qui doit rendre compte de son administration, des sommes qu'il a touchées, des choses qu'il a vendues ; la seconde, du *dominus negotii*, qui se trouve engagé à son insu à indemniser le gérant des déboursés qu'il a faits. Il ne lui doit toutefois aucun salaire pour ses soins qu'il n'avait pas sollicités. — On a recherché si le propriétaire devait être tenu du remboursement des frais, lorsqu'il n'en a point profité, par exemple, quand la maison à laquelle des réparations urgentes avaient été faites a péri depuis par cas fortuit. Il est difficile de fonder cette obligation sur le droit naturel ; et si la loi positive en a consacré l'existence, ce ne peut être que par une considération d'utilité, afin d'encourager davantage les hommes à se rendre service, en leur donnant la certitude que leur bienveillante intervention ne les constituera pas en perte.

2° *Le Paiement de l'Indû.* — Celui qui reçoit par erreur un paiement auquel il n'avait aucun droit, s'oblige à restituer la chose qui lui est livrée. Bien qu'à l'origine il y ait eu consentement des deux parts pour payer et pour recevoir, cependant il n'existe pas ici de contrat véritable, parce que le but de ce consentement n'était pas de produire une obligation : il n'y a qu'un simple quasi-contrat basé sur la règle de justice que personne ne doit s'en-

richir aux dépens d'un autre. Il faut, du reste, que celui qui a payé ait agi par ignorance, en se croyant débiteur : sinon, il aurait transféré volontairement sa chose à autrui, et il ne pourrait dès-lors revenir contre son propre fait. Mais cette erreur une fois prouvée, ne fût-elle qu'une erreur de droit, suffirait pour assurer la répétition : personne ne doit profiter de l'erreur d'un tiers, si minime qu'elle soit, pour s'enrichir à ses dépens.

3° *L'Acceptation des Hérédités.* — Le fait d'accepter une hérédité oblige l'héritier à payer toutes les dettes du défunt et tous les legs faits par lui. Cependant il n'a contracté ni avec les créanciers, ni avec les légataires, dont il ne soupçonnait peut-être pas l'existence au moment de son acceptation. Ce quasi-contrat est principalement de droit positif, du moins en tant qu'il oblige l'héritier *ultra vires hereditatis*, comme je l'ai démontré plus haut [1].

4° *La Tutelle.*—La tutelle n'est un fait volontaire ni de la part du pupille, ni même de la part du tuteur, à qui la loi ne permet pas de la refuser. Cette charge engendre deux obligations comparables à celles qui dérivent du quasi-contrat de gestion d'affaires. Toutefois, entre ces deux quasi-contrats, il existe une différence essentielle. L'administration d'une tutelle est un long et pénible fardeau; le tuteur, d'ailleurs, ne s'y soumet pas de plein gré : il serait donc équitable qu'elle fût salariée, lorsque la fortune du

[1] V. *supra*, liv. III, chap. 16.

pupille le permettrait; tandis que, par sa nature, le quasi-contrat de gestion d'affaires doit demeurer purement gratuit.

5° *La Communion ou Indivision.* — Deux personnes qui possèdent la même chose par indivis, par exemple deux colégataires d'un même domaine, sont appelées copropriétaires ou communiers. De cet état il résulte entre les copropriétaires des obligations réciproques fondées sur l'utilité commune, telles que celle de procéder au partage, et par conséquent d'échanger mutuellement une partie de leur droit, afin d'arriver à sortir de l'indivision, que l'on regarde à juste titre comme aussi peu favorable au bien des propriétés qu'au bon accord des propriétaires.

6° *Le Voisinage.* — Le voisinage est aussi un quasi-contrat. Il produit diverses obligations, dont les unes, pesant sur la propriété même, ont plutôt le caractère de servitude : de ce genre est la prohibition de planter des arbres sur l'extrême limite des héritages; et les autres, au contraire, obligent directement la personne : c'est ainsi que tout voisin est forcé de procéder au bornage à frais communs, quand son voisin l'en requiert : — dispositions dont la sagesse n'a pas besoin d'être démontrée.

7° *La Détention de la Chose d'autrui.* — Le fait de détenir la chose d'autrui de bonne foi[1] constitue encore

[1] Si le détenteur était de mauvaise foi, il serait tenu à la restitution, non point par un quasi-contrat, mais en vertu d'un quasi-délit.

un quasi-contrat qui oblige de restituer cette chose au propriétaire, quand il se fait connaître. Les jurisconsultes ne sont point dans l'usage de ranger ce fait parmi les quasi-contrats, ni de voir une obligation personnelle dans celle qui pèse sur le possesseur, attendu qu'il n'est tenu qu'à raison de sa possession, et que son obligation s'évanouit dès qu'il cesse de détenir. Mais ils oublient qu'on prouverait par le même argument que la communion ou le voisinage ne sont pas des quasi-contrats, puisqu'on ne peut plus actionner en partage ou en bornage celui qui a cessé d'être propriétaire. Il y a en effet des obligations personnelles qui n'existent qu'à raison de la propriété ou de la possession, et qui ne durent pas plus qu'elle.

8° Enfin, l'un des quasi-contrats les plus fréquents est le *quasi-contrat judiciaire*, dont l'importance mériterait qu'on lui consacrât un chapitre particulier.

CHAPITRE IV.

Des Contrats. — Principe de leur force obligatoire.

Un contrat est le concours de la volonté de deux ou plusieurs personnes pour produire une obligation.

Les mots de pacte ou de convention ont un sens plus général que celui de contrat : car ils désignent

toute espèce d'accord de volonté; comme quand on dit que les mathématiciens *conviennent* de diviser le cercle en 360 degrés. L'accord par lequel un créancier tient quitte son débiteur, s'appelle aussi un *pacte* ou une *convention* de remise. Mais on ne dirait point que c'est un contrat, parce que le contrat a toujours pour but de créer une obligation, jamais de l'éteindre.

Tout contrat est donc une convention; mais toute convention n'est pas un contrat.

« On prend les bœufs par les cornes, et les hommes par les paroles [1], » disaient naïvement nos pères, pour peindre la force obligatoire des promesses, qu'ils sentaient sans prétendre l'analyser. La philosophie, qui aime à creuser les idées, s'est demandé pourquoi l'homme était tenu d'observer ses conventions. Elle a rencontré de ces difficultés imprévues qui semblent prouver que plus on se rapproche de l'évidence, plus les moyens de démonstration échappent à la raison humaine.

Jetons un coup d'œil sur les principaux systèmes qui ont été proposés.

Les uns ont déduit la force obligatoire du contrat du préjudice qui serait causé à autrui s'il était permis de tromper *l'attente* qu'a dû faire naître la promesse. Mais cette attente ne peut être légitime qu'autant qu'il sera déjà constant que le contrat doit être exécuté : car s'il n'avait aucune force, l'attente

[1] Loisel, *Institutes coutumières*, liv. III, tit. I, 2.

serait sans fondement. Il y a donc dans ce premier système une pétition de principe.

D'autres ont prétendu expliquer le fait de l'obligation juridique par le droit *d'occupation*, en présentant la promesse comme une abdication de la chose, et l'acceptation du créancier comme une occupation du droit vacant. Mais, quelque ingénieux que puisse paraître ce système, il est difficile de l'adopter : on ne conçoit pas d'occupation pour les droits. Qu'occuperai-je, si vous me promettez de me construire une maison ou de bêcher mon jardin? D'ailleurs, tout ce qui résulterait de cette théorie, c'est que je pourrais m'emparer de l'objet délaissé par vous, et qui dès-lors n'appartient plus à personne. Mais on ne peut pas en dégager l'idée que vous soyez obligé à me faire jouir de ce que vous avez abandonné.

La théorie de *l'intérêt* n'est pas plus satisfaisante. A en croire Bentham, si l'on doit exécuter les conventions, c'est parce qu'il y a plus d'avantage à les observer qu'à s'en jouer, puisqu'en les déclarant inefficaces, les échanges, la société même, deviendraient impossibles [1]. Que suivrait-il de là? Au plus, qu'on devrait inscrire ce principe dans la loi, comme on y inscrit celui qui oblige les citoyens à payer des impôts. Mais quelle différence entre les deux cas! A qui persuadera-t-on que ce sont deux lois de même ordre, que celle qui me grève d'une taxe,

[1] Bentham, *Traité de Législation*, t. I, p. 298.

et celle qui m'ordonne d'être observateur de la foi promise : tant la doctrine de l'intérêt est radicalement incapable de fonder une obligation de conscience!

On a dit encore que chaque individu avait une sphère de droit qui lui est propre (*Freiheitskreise*), dont il peut interdire l'entrée à toute personne, parce que c'est la limite dans laquelle il a seul le pouvoir d'exercer sa libre activité ; mais qu'il peut aussi ouvrir aux autres cette sphère de liberté par un acte de sa détermination ; que c'est ce qui a lieu par l'effet d'un contrat, et que, de cette manière, le créancier a la faculté de s'approprier sans injustice une portion du droit de son débiteur [1]. Cette explication, un peu nébuleuse, comme il convient à son origine germanique, se réduit, si je ne me trompe, à la maxime vulgaire *Volenti non fit injuria.* Je puis vous contraindre sans blesser votre droit, parce que vous le voulez bien. A merveille, si vous persévérez à le vouloir! Mais l'effet d'un contrat va plus loin : quand même vous ne voudriez plus ce que vous avez promis jadis, je peux vous forcer à garder votre parole, à continuer de le vouloir. Or, d'où vient cette chaîne qui pèse sur votre volonté? Pourquoi ne pouvez-vous plus changer d'idée, parce que vous avez voulu telle ou telle chose autrefois? Voilà la vraie question; mais voilà aussi ce que la doctrine que j'expose n'explique en aucune manière.

[1] C'est à peu près ainsi que s'explique Krug dans sa *Dicéologie*, n° 55.

Kant, désespérant de démontrer la force obligatoire des contrats, en a fait un *postulat* de la raison, c'est-à-dire quelque chose d'évident, d'axiomatique, n'ayant besoin pour se justifier de rien qui lui soit étranger, de rien qui lui soit antérieur [1].

Cependant, ne peut-on point déduire le *vinculum juris* des conventions, du *devoir de vérité* qui pèse sur tous les hommes? Je ne suis point le premier qui émette cette opinion; mais je trouve qu'on l'a injustement combattue, quand on a dit que le devoir de vérité était un simple devoir de convenance ou de conscience, incapable de fonder une obligation juridique. Sans doute, c'est un simple devoir d'éthique, en ce sens que l'homme qui sait la vérité est libre de la dire ou de ne la dire point; sans doute encore, tout mensonge ne donnera pas lieu à une action judiciaire; mais cependant ce devoir touche au droit par un côté : c'est que l'homme ne peut pas tromper sciemment son semblable, et par-là lui causer du préjudice, sans s'obliger immédiatement à la réparation.

Cela est si vrai, que, si j'indiquais faussement la route au voyageur anuité, et que je le fisse tomber dans un précipice, personne qui ne s'écrie que j'ai violé le droit à son égard. Refuser de lui répondre

[1] On aurait peut-être mieux fait de s'en tenir là, et de s'épargner tant de systèmes qui justifient presque le mot de Cicéron : *Nonne est turpe dubitare philosophos, quæ ne rustici quidem dubitant?* De Offic., lib. III, 19.

eût été inhumain; mais le tromper sciemment, c'est un crime!

C'est un crime, parce que Dieu ne nous a pas donné le langage pour trahir notre pensée; parce que les autres hommes ont le droit de compter sur notre véracité, quand nous parlons sérieusement et quand nous les invitons à nous croire; parce qu'enfin, si l'on se contente d'improuver certains mensonges dans la conscience, ceux qui portent sur le fait propre des personnes et qui tendraient à tromper quelqu'un dans des relations d'intérêts, constituent le *dol*, qui va directement contre la grande maxime *Tu ne nuiras point à autrui!*

On rentre par-là dans la doctrine de l'attente légitime trompée, qui, par elle-même, ne se justifiait pas suffisamment. Rapprochée du devoir de ne pas nuire en déguisant la vérité, elle devient exacte: car, du moment où je vous ai fait une promesse sérieuse acceptée par vous, vous avez été autorisé à croire que je disais vrai, que je continuerais de conformer ma volonté à cette promesse. Ne pas le faire serait tromper l'espérance légitime que vous aviez conçue, déranger vos calculs, porter le trouble dans vos intérêts, vous nuire, en un mot, sous mille rapports possibles que je n'ai le droit ni de discuter ni de connaître.

On ne peut se dissimuler, au surplus, que la sainteté de la foi promise ne soit grandement confirmée par des considérations d'utilité; et c'est pour cela sans doute que quelques-uns des écrivains qui ont le

mieux mérité de la science du droit naturel, ont cru pouvoir se contenter de dire que le principe obligatoire des conventions était dans leur nécessité même. Mais l'utilité n'est pas un principe de droit, et ce motif seul ne suffirait pas pour persuader aux hommes qu'ils sont obligés en conscience de garder la foi promise.

CHAPITRE V.

Des Conditions essentielles des Conventions.

On exige d'ordinaire, pour former un contrat valable, quatre conditions, dont deux sont de droit naturel, le *consentement* et un *objet* sur lequel il doit porter; et deux de droit positif, la *capacité des parties* et une *cause licite* dans l'obligation.

J'analyserai plus bas les deux premières conditions, sans lesquelles il est impossible de concevoir qu'une convention existe. Ici je me contenterai de dire un mot des deux autres.

La capacité est évidemment une condition de droit positif. Dans le droit naturel, on n'examine pas si une personne est capable ou non, mais si elle a pu consentir en fait. La veille de sa majorité, un homme donne probablement un consentement tout aussi valable que le lendemain, et l'on ne voit pas qu'une femme mariée ait moins d'aptitude à con-

sentir qu'une fille ou qu'une veuve. Si un enfant en bas âge ne peut pas contracter dans le droit de la nature, cela tient à ce qu'il ne peut pas consentir, et nullement à ce qu'il est incapable.

C'est donc la loi civile qui crée les incapacités, afin de tracer une règle fixe, et de diminuer par-là les contestations. Si l'époque de la majorité n'était pas fixée, tout contrat donnerait lieu à un procès pour savoir si, en fait, celui qui a promis était capable d'apprécier la portée de son engagement. Il en serait de même pour celui qui se trouverait dans un état habituel de folie. S'il n'était pas interdit, la validité de ses actes dépendrait de la question de savoir s'il était, ou non, dans un intervalle lucide au moment du contrat, fait si difficile à établir, surtout après un certain temps. Telle était, sur ce dernier point, la doctrine des Romains. Mais les modernes ont préféré frapper l'insensé d'une incapacité civile au moyen d'un jugement d'interdiction. Il suffit de représenter ce jugement pour faire tomber tous les actes postérieurs, sans qu'il soit besoin de subir les chances d'aucune preuve.

Quant à la *cause*, c'est aussi la loi positive qui l'exige. Mais ici, nous croyons que c'est par l'effet d'une méprise que les jurisconsultes ont présenté cette cause comme une quatrième condition, distincte de la volonté elle-même ou de l'objet du contrat.

L'embarras même qu'ils éprouvent pour expliquer en quoi la cause consiste est un préjugé contre

leur doctrine. Suivant eux, elle ne se confond ni avec la chose promise, ni avec les motifs impulsifs qui déterminent une partie à contracter.

Si l'on demande en quoi consiste la cause dans le contrat de vente, le plus usuel de tous, l'Ecole répond que la cause se trouve, pour l'acheteur, dans le désir de se procurer la chose dont il a besoin; et pour le vendeur, dans le désir d'obtenir un prix proportionné à l'objet qu'il cède. Mais à quoi sert de distinguer le désir d'avoir une chose de la chose elle-même? N'est-ce pas cette chose qui est la cause déterminante du contrat?

Pour la donation, où le donateur se dépouille sans recevoir d'équivalent, on prétend que la cause du contrat est dans l'intention bienfaisante d'obliger le donataire. Mais alors je ne vois pas en quoi cette cause diffère de la volonté même de donner. Sans doute, la volonté de donner doit partir d'une intention : car il n'y a pas de volonté sans intention; et cette intention doit être de pure bienfaisance, puisque autrement ce ne serait pas une volonté de donner, mais une volonté d'échanger ou de vendre. De quelque manière qu'on l'envisage, la cause se confond nécessairement ici dans la volonté.

A l'appui de leur doctrine, les jurisconsultes présentent cette autre hypothèse : Primus promet mille francs à Secundus pour porter un faux témoignage. Dans ce cas, l'objet du contrat (les 1000 fr.) est valable sans aucun doute; et cependant le contrat est nul. Pourquoi? Parce que, dit-on, la cause

pour laquelle les mille francs ont été promis est illicite. — On se trompe toutefois, si l'on espère prouver par cet exemple que la cause est une condition essentielle distincte des deux autres. Et en effet, s'il y a des contrats unilatéraux, dans lesquels une seule partie s'engage sans qu'il lui soit rien promis en retour, il existe également des contrats synallagmatiques dans lesquels chacune des parties s'oblige à quelque chose envers l'autre. Ces derniers contrats renferment deux engagements réciproques : ils doivent donc contenir aussi deux objets. Or c'est précisément ce qui a lieu dans l'espèce. J'ai promis une somme, mais vous avez promis de faire un faux témoignage : l'un des objets de la convention, le second, est impropre à constituer un engagement valable. D'un autre côté, ma volonté n'a point été de vous donner les mille francs, mais de vous les promettre moyennant un fait de votre part. Donc la convention est nulle faute d'objet, sans qu'il soit besoin, pour expliquer cette nullité, de faire intervenir une cause illicite.

Enfin, pour justifier la nécessité de la cause, on a imaginé une dernière hypothèse : celle d'un héritier qui, dans la fausse persuasion que son père avait emprunté une somme, s'engagerait à la payer. Cet engagement, dit-on, serait nul pour défaut de cause ou pour cause erronée. Mais encore ici l'on peut se dispenser de recourir à ce moyen d'explication : car la nullité du contrat se déduit natu-

rellement de l'erreur dont le consentement a été infecté.

De quelque côté qu'on se tourne, on ne voit donc pas le besoin de compliquer la science de cette quatrième condition prétendue des conventions, sans laquelle tout s'explique naturellement. Qu'on dise quelquefois : Le contrat est sans cause, la cause en est illicite : c'est une manière abrégée d'exprimer, dans le langage habituel, ou que l'objet n'en est pas valable, ou que le consentement est entaché d'erreur. Mais on aurait simplifié la loi en en bannissant cette *cause*, dont les commentateurs n'ont pas encore pu jusqu'à présent donner une définition satisfaisante.

CHAPITRE VI.

Du Consentement.

La force obligatoire de la convention gît dans la volonté de l'homme. Mais, cette volonté ne pouvant être d'aucune considération tant qu'elle n'est qu'intérieure, il en résulte qu'elle n'existe aux yeux du droit que par la déclaration qui en est faite.

Une déclaration de volonté, dans l'intention de s'obliger, prend le nom de *pollicitation*.

La simple pollicitation, ou déclaration de volonté unilatérale, ne produit pas encore le lien contractuel, et cela quand même elle aurait été rendue pu-

blique par l'écriture, par la voie des journaux, ou autrement. Il s'ensuit que celui qui a fait la pollicitation peut rétracter son offre, jusqu'à ce qu'elle ait été acceptée.

Cependant on peut renoncer à la faculté de se rétracter dans un certain délai; mais cette renonciation elle-même ne devient obligatoire pour celui qui l'a faite, qu'autant que l'autre contractant l'a acceptée, ce qui lui donne le caractère d'une convention. Il existe alors une sorte de convention préparatoire de ne point me dédire, qui fait que je suis obligé d'attendre que mon adversaire ait pris une décision dans un sens ou dans un autre, relativement à l'offre que je lui ai faite [1].

Sauf le cas de rétractation, la pollicitation a pour effet de faire supposer la continuation de volonté du promettant, de telle sorte que le créancier peut accepter même *ex intervallo;* et dans ce cas il se forme une convention.

Mais on n'est pas d'accord sur l'instant précis où le contrat devient obligatoire : les uns confondent ce moment avec celui de l'acceptation même; les autres veulent en outre que cette acceptation soit parvenue à la connaissance du promettant. En pure

[1] On peut en donner pour exemple une *enchère,* qui n'est qu'une offre d'acheter. Cependant celui qui l'a faite ne peut plus se dédire jusqu'à ce que son enchère soit couverte, ou jusqu'à ce que le vendeur déclare ne point vouloir délivrer l'objet. Mais c'est qu'il y a acceptation, ou convention tacite qu'il en sera ainsi.

logique, la convention est parfaite du jour où l'acceptation a été manifestée; mais, utilement parlant, et pour éviter toute difficulté, la loi fera bien de statuer que le pollicitant pourra se rétracter valablement, tant que l'acceptation ne lui aura pas été notifiée [1].

On voit aussi, par ce qui précède, que l'acceptation ne peut se faire que du vivant du promettant : car une fois mort, il n'y a plus en lui de volonté qui puisse être acceptée. On ne contracte qu'avec les vivants, et non pas avec les morts. Cependant, si l'acceptation avait eu lieu avant son décès, comme la convention aurait été formée en principe, la notification pourrait n'être faite qu'à ses héritiers [2].

Mais le cas de pollicitation acceptée après intervalle, n'est qu'un cas exceptionnel dans les contrats, qui, régulièrement, se forment par un échange actuel de volonté libre, sincère, éclairée, exempte, en un mot, de tous les vices dont nous parlerons bientôt.

Le consentement est le concours de deux ou de plusieurs volontés sur un même objet, dans l'intention de créer une obligation. Peu importent les voies par lesquelles ce consentement sera manifesté : il suffit qu'il le soit de manière à ce que les con-

[1] C'est ce que décide le Code civil (art. 932) par rapport aux donations entre vifs.

[2] Ce que je dis ici de la mort doit aussi s'entendre de la folie constatée, qui empêche de supposer la continuation de la volonté.

tractants ne puissent s'y méprendre. Il pourra être déclaré par la parole, moyen le plus naturel qui ait été donné à l'homme pour faire connaître sa volonté; il pourra l'être par l'écriture, ce qui a lieu dans la plupart des conventions commerciales formées par correspondance; il pourra l'être enfin par des signes ou par des actes, quoique ce moyen soit le plus imparfait de tous, puisque la volonté ne s'induit alors que tacitement ou par conjecture. Néanmoins il se forme journellement beaucoup de conventions de cette espèce. Vous entrez chez un boulanger, et, en prenant un pain sur le comptoir, vous mettez deux sous à la place : c'est un contrat de vente aussi parfait que possible, bien qu'il n'y ait pas eu de parole prononcée. Il en est de même quand vous montez dans un omnibus sans mot dire : vous faites avec le conducteur un louage tacite de transport.

Mais il ne faut pas confondre le consentement très réel de ces conventions tacites avec les conventions feintes, dont les jurisconsultes avaient fait un système à une certaine époque. On prétendait tout expliquer par les conventions feintes, notamment les quasi-contrats. Nous avons déjà fait remarquer qu'il n'est jamais utile de recourir à des fictions : car la vérité doit s'expliquer par ce qui est, et non point par ce qui n'est pas.

Il faut se garder, du reste, d'une fausse idée trop répandue chez les praticiens, qui consiste à confondre la validité d'une convention avec sa preuve,

et à ne pas discerner une convention nulle d'avec une convention qui ne peut être prouvée. Beaucoup croiront, par exemple, qu'une vente n'est pas valable, si elle n'est rédigée par écrit, parce que, faite verbalement, il pourra être difficile de la prouver en justice. C'est une grave erreur, surtout au point de vue du droit naturel. Nous verrons plus tard par quels moyens juridiques la vérité d'un fait peut être établie légalement. Pour le moment, qu'il me suffise de dire que ces moyens sont totalement distincts de la validité du droit en lui-même. Quand une convention existe, elle est obligatoire aux yeux de la conscience, et l'impossibilité de la prouver ne détruit pas sa valeur virtuelle. D'ailleurs, le défaut de toute preuve matérielle n'empêche pas de pouvoir l'établir souvent par d'autres moyens, tels que l'aveu de l'adversaire ou même le serment qu'on lui défèrera.

C'est également ici le lieu de parler des symboles, qui ne sont qu'une manière de manifester le consentement.

CHAPITRE VII.

Des Symboles.

Les symboles ont joué un grand rôle dans toutes les législations anciennes. On dirait que les peuples grossiers, incrédules à tout ce qui ne frappe pas leurs sens, n'aient regardé la volonté comme obligatoire qu'autant qu'elle s'était rendue visible, pour ainsi dire, en revêtant quelque emblême convenu. De là ces gestes sacramentaux; de là ces traditions symboliques; de là enfin ces formules consacrées par la loi, en dehors desquelles une irrégularité d'une syllabe entraîne nullité de tout ce qui a été fait.

Les Juifs nous en offrent un exemple dans la formule du mariage rabbinique. Si, au lieu de dire : *Ecce uxor mea sis*, l'époux avait dit : *Ecce maritus tuus sim*, le contrat n'était pas formé [1].

Chez les Romains, le phénomène de la stipulation présente le même caractère. En vain deux contractants avaient-ils échangé leur parole, en vain même l'avaient-ils fixée par écrit. Aucune action judiciaire ne pouvait naître de ce pacte, s'il n'avait été déduit en stipulation, c'est-à-dire si le créancier n'avait interrogé le débiteur à haute voix, par certains verbes consacrés, et si celui-ci, usant du verbe même

[1] Pastoret, *Histoire de la Législation*, t. III, p. 528.

employé par son adversaire, n'avait pas répondu affirmativement [1].

Mais ce fut surtout au moyen âge que le système des symboles s'étendit à tous les actes juridiques. Transmission de la propriété, contrats, testaments, affranchissements des serfs, tout fut matérialisé. Le Germain barbare, plus à son aise sur le champ de bataille que dans le plaid où se rendait la justice, était mauvais appréciateur des faits psychologiques; l'écriture n'allait point à son humeur : une poignée de main échangée, une branche d'arbre livrée devant témoins, le convainquaient seules qu'un contrat était formé.

Chez les Lombards, une flèche remise à l'esclave était le symbole de l'affranchissement; et c'est à peine si le maître croyait nécessaire de prononcer une parole pour exprimer sa volonté [2].

Le roi Pépin veut-il faire une donation au monastère de Saint-Monon dans les Ardennes, il se

[1] *Spondeo, promitto*, étaient des verbes légitimes; *polliceor* n'aurait pas formé obligation. M. de Maistre a applaudi à cette coutume romaine, probablement parce qu'elle humilie la raison (*Des Délais de la Justice divine*, note 1, p. 97). Le fait est que de toutes les lois modernes, je ne connais que le Code espagnol des *Siete Partidas* qui ait tenté de l'acclimater en Europe, et encore sans pouvoir y réussir, la disposition relative aux stipulations ayant été révoquée par l'*Ordenamiento de Alcalà* (Marina, *Ensayo sobre la Legislacion de Leon y Castilla*, t. II, p. 115).

[2] *Utque rata eorum haberi posset libertas, sancient more solito per sagittam, immurmurantes nihilominus ob firmitatem quædam patria verba.* Paul. Diac., I, 13.

dépouille de sa toque enrichie de pierreries, et la dépose dans le trésor du couvent, en souvenir de sa libéralité [1].

Pour le transport de la propriété, l'on avait imaginé les symboles les plus variés et les plus bizarres, dans la tradition par le fétu, par le gazon, par le couteau, par le gant, par le missel, et par d'autres objets sur le sens desquels disputent les antiquaires [2].

La veuve qui renonçait à la communauté devait déposer sa ceinture et ses clefs sur le cercueil de son mari; et cette coutume se conserva si long-temps, qu'à une époque voisine de nous, la renonciation devant notaire était jugée insuffisante, si la femme ne prouvait pas qu'elle avait fait la *desceinte* [3].

Que penser de toutes ces formalités? Avaient-elles une valeur relative aux circonstances sociales, ou n'étaient-elles que de simples écarts de la raison?

A une époque de civilisation à peine ébauchée, quand les moyens de preuve manquaient, quand la preuve testimoniale dominait seule, au milieu d'hommes violents, prompts à se porter à des voies de fait au lieu de discuter patiemment leurs droits en justice, on conçoit que de pareils usages aient dû

[1] Grimm, *Rechtsalt*, p. 150.

[2] Notamment celle *per audilaginem*, qui revient si souvent dans les chartes, et qu'on ne sait comment expliquer.

[3] En 1639, la renonciation notariée d'une veuve Tissier est attaquée comme nulle; mais le Parlement de Dijon admet la renonçante à prouver par témoins qu'elle a fait la desceinte. Bouhier, t. I, p. 259.

se développer. Le simple consentement était fugitif; il échappait à l'attention. Mais que les paroles de la stipulation eussent été solennellement prononcées; que la poignée de main eût été échangée ; que l'acheteur eût reçu du vendeur le rameau symbolique : voilà des faits qui frappaient les yeux des assistants; impossible de les confondre avec des pourparlers ou des paroles dubitatives. On s'accoutuma donc à perdre de vue le consentement lui-même, pour s'attacher à des actes palpables, consacrés par l'usage, et propres à tarir la source des contestations.

Ce n'est pas à dire pour cela que le système symbolique fût bon en lui-même : il n'était qu'approprié à l'état d'une société ignorante et impolicée. Là, au contraire, où les lumières et le droit prendront de l'empire, la tendance sera toujours de restituer tout son effet à la volonté nue, seule source de la validité des contrats.

On doit donc, sous ce rapport, de la reconnaissance au droit canon, qui le premier rejeta la distinction des Romains entre les stipulations et les simples pactes, en déclarant ceux-ci obligatoires dans tous les cas [1].

[1] Par le canon 1, 3, x (I, 35). V. aussi WALTER, *Manuel de Droit canon*, § 344.

CHAPITRE VIII.

Des vices du Consentement.

Le consentement n'est valable qu'autant qu'il part d'une volonté libre et éclairée. L'Ecole a coutume d'énumérer trois vices qui lui enlèvent son caractère obligatoire : ce sont la *violence*, l'*erreur*, et le *dol*[1]. Mais encore ici elle peut être accusée d'inexactitude, tant par rapport au nombre de ces vices que par rapport aux effets qu'elle leur attribue. Par exemple, quant au *dol*, c'est-à-dire aux manœuvres frauduleuses employées pour amener quelqu'un à contracter, il est évident qu'elles n'entraînent la nullité du contrat que par l'erreur qu'elles ont produite : en sorte que le dol n'est point, à proprement dire, une cause de nullité distincte de l'erreur. Néanmoins, comme il n'est pas nécessaire que l'erreur provenant du dol présente le même degré de gravité pour annuller les contrats, nous suivrons ici la marche ordinaire, en examinant séparément les effets de la violence, de l'erreur et du dol.

[1] C'est aussi ce que fait l'art. 1109 du Code civil.

SECTION I.

Du Défaut de Liberté dans le Consentement.

Un homme, menacé de mort par un assassin, consent à signer un billet pour racheter sa vie. Personne qui ne sente qu'il y aurait injustice à le contraindre d'exécuter la promesse qui lui a été extorquée par la violence.

Mais que ce même homme ait fait une lettre de change, toujours sous l'empire de la violence; que cette lettre ait été négociée; qu'elle ait circulé entre les mains de vingt endosseurs de bonne foi : il devient beaucoup plus douteux de savoir s'il pourra se dispenser d'y faire honneur quand elle lui sera présentée. Dès-lors, les jurisconsultes ont dû rechercher comment la violence opère sur le consentement, afin de juger jusqu'à quel point elle l'annulle, dans quelles limites, vis-à-vis de quelles personnes.

On doit aux Romains une théorie de la violence qui a paru à la plupart des philosophes modernes assez rationnelle pour qu'ils aient cru pouvoir l'enseigner dans des ouvrages de droit naturel, même au point de vue purement spéculatif. La violence, disaient les Romains, n'empêche pas la volonté d'exister. Celui qui consent à payer une somme ou à vendre son champ plutôt que de perdre la vie, consent à ce qu'on lui demande. Il aime mieux

s'obliger que d'éprouver un plus grand mal; mais, par cela même, il veut s'obliger : *qui mavult, vult.* La violence n'empêche donc pas par elle-même la formation du contrat [1].

Dès-lors, pour arriver à déduire la nullité de la promesse, on allègue que l'auteur de la violence a commis envers le promettant une injustice qui l'oblige à l'indemniser du préjudice qu'il lui a causé; et comme ce préjudice consiste précisément dans l'obligation qu'il l'a forcé de contracter, il s'ensuit qu'il est non-recevable à en réclamer l'exécution, dont il devrait le dédommager aussitôt.

Une conséquence nécessaire de ces principes, c'est que la violence n'est une cause de nullité qu'autant qu'elle émane du créancier lui-même : car si elle émane d'un tiers dont le créancier ne soit pas le complice, comme le consentement existe, il s'ensuit que l'obligation doit être exécutée, sauf l'action en indemnité qu'aura le promettant contre celui qui l'a injustement contraint [2].

Il y a dans cette doctrine quelque chose de ri-

[1] *Quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui.* L. 21, § 5, D. *quod met. caus.*

[2] Le droit romain n'allait pourtant pas aussi loin; mais, en cela, il n'était pas conséquent. Les auteurs modernes l'ont été davantage. Grotius, c. 11, n° 7, Heineccius, *de Jur. nat.*, n° 395, et Wolff, *de Jur. nat.*, n° 406, tiennent le contrat pour valable à l'égard du créancier qui n'a point participé à la violence : doctrine reproduite de nos jours par Gros, *Manuel de Droit naturel*, n° 191; et même par M. Tissot, *Ethique*, p. 247.

goureux qui répugne à ce sens intime par lequel nous sommes si rarement trompés. Eh quoi! parce que, sous le coup d'une menace qui me ferait craindre pour mes jours, j'ai consenti à vendre ma maison à Titius, il faudra que je la livre, sous prétexte que Titius ne m'a point menacé, et n'a pas été le complice de ceux qui me menaçaient. Mais qu'importe? S'il est démontré que je n'ai consenti que pour sauver ma vie, est-il juste qu'il puisse se prévaloir d'un contrat qui l'enrichit à mes dépens!

Essayons d'exposer les vrais principes de la violence, principes qui blesseront moins l'humanité, en même temps qu'ils se rapprocheront plus de la raison.

Il y a sans doute un acte de volonté dans le fait de celui qui signe un billet pour échapper à une violence grave. Les auteurs en ont conclu qu'il y avait contrat formé. J'affirme hautement qu'ils se trompent.

Ils se trompent, parce qu'ils présupposent que tout acte de volonté peut former un contrat, ce qui n'est pas vrai selon moi : car, 1° il faut une volonté libre, et c'est le cas d'invoquer l'axiome du droit romain : *ejus est velle, cujus est nolle.* Peut-on dire que celui-là veut, qui ne serait pas maître de ne pas vouloir? — 2° Il faut vouloir avec l'intention de s'obliger. Or, ai-je l'intention de m'obliger, quand vous me contraignez, le poignard sous la gorge, à signer un billet? Ai-je l'intention de le payer, ce billet? Assurément non : mon intention est bien

plutôt de réclamer en justice aussitôt que j'en aurai la liberté.

A l'égard de l'auteur de la violence lui-même, il n'existe donc aucune convention, et l'action en indemnité dont on parle n'est qu'un subterfuge que je n'accepte pas [1].

A l'égard des tiers de bonne foi, il n'en existe pas davantage. Cependant il se présente ici un fait nouveau dont il faut tenir compte. Le simulacre de contrat qui m'a été arraché a pu induire les tiers en erreur, leur nuire. Dans ce cas je dois les dédommager. Le principe de cette obligation sera le même que si, pour me soustraire à la poursuite d'un ennemi, j'avais pris le cheval d'un autre, et que je l'eusse fait périr par une course précipitée. Je serai responsable du mal causé, dans la mesure de ce mal, et modérément, parce que ma position est favorable : ce qui est tout autre chose que d'affirmer la validité du contrat.

Au moyen de ces principes on résoudra les diverses hypothèses de contrainte, dont quelques-unes ont été un sujet de grave embarras pour les auteurs.

1re *Hypothèse.* — Je menace Titius de mort, s'il ne consent pas à vous vendre sa maison. Vous vous en

[1] En effet, n'y a-t-il pas de la contradiction à venir dire que la violence est un délit, et que ce délit peut être la cause d'un droit? Est-ce que la raison comprend qu'un droit puisse naître d'un non-droit?

rendez acquéreur, ignorant ce qui s'est passé. Dans ce cas, les auteurs jugent le contrat valable[1]. Je dis qu'il est nul; et j'en conclus que, si la contrainte vient à cesser aussitôt, et que le vendeur ne perde pas de temps pour informer l'acquéreur du fait de la violence, avant que celui-ci ait pu éprouver un dommage par suite de la convention, il pourra retirer sa parole. J'en conclus encore que, quand même l'acheteur eût souffert un préjudice dans ses intérêts de commerce ou autres, Titius ne sera tenu envers lui qu'à une simple indemnité; mais qu'il ne sera dans aucun cas obligé d'exécuter la vente.

2e *Hypothèse.* — J'ai signé, sous le coup d'une menace de mort, une lettre de change qui a été transmise à des tiers de bonne foi, et dont on me réclame le paiement à l'échéance. Si je dois une indemnité au porteur, il est clair que ce sera celle de la somme qui en fait le montant. Mais ce point même est douteux : car je n'ai pas contracté avec le porteur ni avec les endosseurs. J'ai seulement remis entre les mains de celui qui me menaçait un instrument dont il s'est servi pour nuire à autrui, à peu

[1] Le droit prétorien l'annullait malgré la maxime *Coacta voluntas voluntas est.* L. 24, § 3, *quod met. caus.*, ff. Mais la raison qu'il en donnait, « que la frayeur avait pu empêcher le promettant de connaître et de désigner la personne qui l'avait violenté, » ne paraît pas bien plausible : *Nam, cum metus habeat in se ignorantiam, merito quis non adstringitur ut designet quis ei metum vel vim adhibuit.*

près comme s'il m'avait contraint à lui donner un pistolet, et qu'il eût ensuite employé cette arme pour commettre un homicide. Cependant il existe cette différence entre les deux cas, que l'auteur de la violence pouvait trouver une arme ailleurs, tandis qu'il ne pouvait obtenir que de mon consentement cette signature dont il a fait un si criminel usage.

3e *Hypothèse.* — Je suis tombé entre les mains des brigands, et je crie à un passant que je lui promets mille louis s'il me délivre, ce qu'il exécute en effet. L'Ecole déclare encore ma promesse obligatoire [1].

Que je doive à mon libérateur une récompense large, honorable, c'est ce qui n'est pas douteux, et je n'entends pas la lui refuser. Mais on ne peut admettre que la convention soit obligatoire dans toute son étendue, même quand elle devrait me réduire à la misère : car, bien que celui qui m'a secouru ait été innocent de la violence; bien que cette violence même n'eût pas pour but de me faire consentir, cependant elle n'a pas permis que ma volonté fût libre, délibérée; et le créancier, dans les circonstances où la promesse a eu lieu, n'a pas pu ignorer le vice qui altérait cette volonté. Il en est de ce cas comme de celui où, du milieu des flammes d'un incendie, j'aurais promis toute ma fortune à celui qui m'apporterait une échelle. Et pourtant,

1 Puffendorff, liv. III, ch. 6, nº 11.

qui oserait soutenir que je fusse tenu en conscience de remplir un pareil engagement ?

4e *Hypothèse.* — Celui qui a usé de violences avait le droit de les commettre, parce qu'elles consistaient dans l'emploi de voies légales. C'est un créancier qui, nanti d'un jugement emportant contrainte par corps, menace de faire incarcérer son débiteur, et qui obtient par ce moyen, de la femme de celui-ci, une promesse à terme considérable ou la vente d'un immeuble. Ici encore je n'approuve pas l'opinion commune, qui répute inattaquable une convention de cette espèce. De ce que l'incarcération du débiteur était légitime, il ne s'ensuit pas que le créancier pût abuser de son droit pour effrayer le débiteur ou ses proches, et obtenir d'eux des avantages qu'il n'aurait pas obtenus autrement. C'est toujours profiter, et profiter sciemment, du défaut de libre volonté dans une personne, pour l'induire à s'obliger à son préjudice [1].

Du reste, les tribunaux devront user prudemment du pouvoir qu'ils ont de rechercher, dans ce cas, jusqu'à quel point la liberté de la volonté a été entravée : car c'est une simple contrainte morale dont le degré peut singulièrement varier. Ils en jugeront naturellement d'après l'étendue de la lésion éprouvée par le débiteur [2].

[1] Wendt est d'avis, comme moi, qu'il n'y a pas de différence entre la violence légitime et la violence illégitime (*Philosophische Rechtslehre*, § 28).

[2] Les juges ne doivent point prêter l'oreille à toute plainte

SECTION II.

De l'Erreur.

L'erreur peut affecter le consentement de tant de manières, elle peut porter sur tant de points, être due à tant de circonstances diverses, que l'on regarde comme une des doctrines les plus difficiles du droit que de poser une règle générale susceptible de s'appliquer à tous les cas. Il est certain, du moins, que les efforts faits par les philosophes et les jurisconsultes n'ont pas été couronnés de succès jusqu'ici [1].

Suivant les uns, le contrat est nul quand l'erreur a porté sur la substance de la chose, tandis qu'il ne l'est pas si elle n'a porté que sur les qualités accessoires [2].

Suivant les autres, il faut examiner si le contrat aurait toujours eu lieu en l'absence de l'erreur, ou si cette erreur en a été la cause déterminante.

en cette matière, surtout s'ils pouvaient soupçonner que le promettant a été bien aise d'avoir une excuse pour s'engager, comme ce personnage de l'Arioste :

Promesso gli ho, non già per osservargli,
Che fatto per timor nullo è il contratto.

1 Il suffirait, pour s'en convaincre, de lire les onze règles accompagnées d'exceptions et de limitations qu'a cru pouvoir établir M. de Rotteck (*Vernunftsrecht*, § 32).

2 C'est la règle du Code civil, art. 1110; mais qu'est-ce que la substance de la chose?

Quelques-uns prétendent distinguer entre l'erreur invincible et celle qui aurait pu être évitée, entre l'erreur sur l'objet et l'erreur sur les motifs, entre l'erreur essentielle et l'erreur accidentelle. — Mais on doit avouer que toutes ces théories manquent de la clarté et de la simplicité, caractères ordinaires du vrai dans la jurisprudence comme dans toutes les sciences.

Commençons par nous fixer sur le principe qui doit servir de point de départ dans les questions d'erreur. Est-ce la volonté même, ou est-ce la déclaration de volonté, qu'il faut considérer comme l'élément essentiel des contrats?

On a prétendu que la déclaration de volonté pouvait seule être prise en considération; que la volonté n'était rien tant qu'elle ne s'était pas fait connaître; que chacun des contractants ne pouvait être tenu qu'à ce qu'il avait exprimé; mais que, par la même raison, l'autre partie avait le droit de croire à sa déclaration : en sorte qu'une chose déclarée doit passer pour une chose voulue, aux risques et périls de celui qui s'explique. Il y a dans ces propositions du vrai et du faux qu'il est utile de démêler.

Sans doute, aux yeux de la science du droit, une volonté non manifestée au dehors est considérée comme n'existant pas; mais il n'est pas juste d'en conclure que toute déclaration de volonté doit équivaloir à une volonté, sans égard aux circonstances qui l'ont provoquée.

La force obligatoire de la convention gît dans l'acte

même du vouloir, bien qu'il faille en outre que cet acte se soit fait connaître extérieurement. Mais si la volonté n'a pas existé, ou, ce qui revient au même, si elle n'a pas existé avec les caractères d'où sa validité dépend, l'acte de déclaration n'est pas suffisant pour créer un contrat.

C'est ce qui fait que la déclaration émanée d'un fou est inefficace, lors même qu'il aurait l'apparence extérieure de la raison, et que son cocontractant y aurait été trompé. De même, si un homme, se trompant sur le nom de deux propriétés, achetait l'une, croyant acheter l'autre, en la payant plus que sa valeur, personne qui ne sente qu'il y aurait injustice à considérer sa déclaration comme obligatoire pour lui, lors même qu'elle aurait été très-positive.

On comprend donc que la force obligatoire est dans la volonté, et dans une volonté libre et éclairée; mais à cela il faut ajouter une restriction que la raison réclame.

Chacun est responsable de ses actions, et par conséquent aussi des déclarations qu'il peut faire. S'il a déclaré une volonté qui n'existait pas, et qu'il ait par-là causé du préjudice à son cocontractant, il devra réparer ce préjudice : car il est vrai qu'en thèse générale, l'une des parties a le droit de compter sur les déclarations de l'autre. De cette manière, une déclaration erronée, quoique impropre à former un vrai contrat, pourra cependant créer une obligation pour celui qui l'aura donnée ; mais cette obligation ne sera pas précisément d'exécuter le contrat, elle sera

plutôt de remettre l'autre partie dans la même position que si la déclaration n'avait pas été faite. En un mot, il y a moins obligation contractuelle qu'obligation quasi-délictueuse de réparer un dommage causé.

Tel est, à notre avis, le principe fondamental en fait d'erreur; il convient seulement d'y ajouter quelques observations.

La partie qui n'a point erré n'aurait pas même droit à un dédommagement, si elle avait connu l'erreur de l'autre au moment du contrat, parce qu'alors elle n'a pas dû compter sur la promesse; et il en serait de même si c'était par sa faute qu'elle ne l'eût point connue.

Si l'erreur n'était pas de nature à déterminer le contrat, si en son absence le contrat eût dû être formé pareillement, il est clair qu'il restera valable.

Enfin, il pourra se faire que, bien que l'erreur ait existé et qu'elle ait été déterminante, celui qui a erré ne soit pas reçu à s'en plaindre, soit parce que la preuve serait impossible, soit parce qu'il n'est tombé dans l'erreur que par une faute à lui imputable.

Appliquons maintenant ces principes aux diverses formes sous lesquelles l'erreur peut se présenter :

1° *Erreur sur l'Objet.* — Je déclare vous louer ma maison, située dans telle rue, n° 10, et vous entendez louer celle située même rue, n° 12. Il est certain qu'en équité, l'amodiataire ne devrait être tenu qu'à me dédommager du préjudice qu'a pu me causer sa méprise. Mais la Justice ne l'admettrait probable-

ment pas à faire la preuve de son erreur, d'autant plus qu'il lui était très-facile de n'y pas tomber, en prenant connaissance des lieux.

2° *Erreur sur la Substance.* — Il peut y avoir erreur si, en achetant un objet, j'ai pris du cuivre pour de l'or, du stras pour du diamant, de la pierre pour du marbre. On ne peut pas dire que ce genre d'erreur soit toujours une cause de nullité; elle ne l'est qu'autant qu'il est certain que sans elle le contrat n'aurait pas eu lieu. C'est pourquoi l'acheteur sera facilement restitué, si l'objet qu'il a cru d'or est de cuivre, cas dans lequel le prix payé démontrera de lui-même qu'il y a eu méprise. Au contraire, une donation ne serait pas viciée dans le même cas, parce qu'on doit supposer que les parties auraient toujours consenti, l'une à donner, et l'autre à recevoir.

3° *Erreur sur la Qualité de l'Objet.* — Une médaille moderne a été vendue comme antique; un tableau d'un peintre inconnu a été vendu comme étant de Raphaël: il faut distinguer si le vendeur a affirmé la qualité de l'objet, cas auquel il en est garant; ou s'il n'a rien dit, l'acheteur étant alors censé traiter à ses risques et périls.

4° *Erreur sur le Prix de la Chose.* — C'est celle qui a lieu lorsque les parties, connaissant parfaitement l'objet lui-même et ses qualités, errent sur sa valeur: d'où résulte la lésion, qui, dans le droit naturel, ne peut guère être envisagée comme étant par elle-même une cause de nullité, ainsi qu'on le dira plus bas en parlant spécialement de la vente.

5° *Erreur sur la Nature du Contrat.* — J'ai cru vous prêter un livre, et vous avez entendu que je vous le donnais. Il est certain qu'il n'y a ni donation ni prêt; mais celui dont la déclaration a été amphibologique, devra souffrir le préjudice qui en est résulté. Si donc le propriétaire du livre ne s'est pas expliqué nettement, et que l'autre partie l'ait détruit ou détérioré, celle-ci ne devra pas en restituer la valeur, mais elle en sera quitte pour le rendre dans l'état où il se trouve.

6° *Erreur sur les Motifs impulsifs.* — Un homme, croyant, sur de fausses nouvelles, que son fils est mort à la guerre, dispose de ses propriétés. On dit généralement que ce genre d'erreur n'annulle pas les contrats; mais il importe de savoir pourquoi il ne les annulle pas. Je crois que la raison principale en est que l'erreur sur les motifs est beaucoup plus difficile à établir que les autres, et que, même en la supposant établie, il est encore très-difficile de démontrer que sans elle le contrat n'aurait pas eu lieu. Dans tous les cas, d'ailleurs, celui qui a erré devrait indemniser son cocontractant du préjudice par lui éprouvé. Voilà pourquoi une vente ne peut point être annullée pour cause d'erreur sur les motifs impulsifs. Au contraire, une donation le serait plus facilement dans l'hypothèse prévue, parce que c'est un acte auquel on se détermine rarement quand on a des enfants, et que, d'un autre côté, le préjudice causé au donataire en le dépossédant sera moindre que s'il s'agissait d'un acheteur.

7° *Erreur sur la Personne.* — La considération de la personne est un motif impulsif de la volonté: on appliquera donc ici ce qui vient d'être dit tout-à-l'heure. Il serait très-imprudent de poser en règle générale que dans tel contrat l'erreur sur la personne sera une cause de rescision, que dans tel autre elle ne sera pas réputée telle. Tout ce qui est vrai, c'est que cette espèce d'erreur sera plus souvent une cause de nullité dans certains contrats, tels que la donation ou le mariage, que dans les autres. Il faudra examiner en fait si la convention aurait été formée en l'absence de l'erreur; et dans tous les cas, si l'on rescinde le contrat, il sera juste d'indemniser celle des parties qui a souffert par suite de l'erreur de l'autre.

8° *Erreur de Droit, et Erreur de Fait.* — Jusqu'ici, nous ne nous sommes occupé que de l'erreur de fait. Ce qu'on appelle l'*erreur de droit* a jeté les jurisconsultes dans des controverses interminables. On dit qu'il y a erreur de droit quand les parties ont contracté dans la fausse persuasion que la loi statuait de telle manière, pendant qu'elle statuait autrement.

On s'est demandé si cette erreur était excusable; si tout citoyen ne devait pas être présumé connaître la loi, par une présomption invincible; s'il ne fallait pas toutefois faire des exceptions pour certaines classes de personnes, telles que les femmes ou les paysans; s'il n'y avait pas de distinction à faire entre les profits à recueillir et les pertes à essuyer. La

science s'est égarée dans ces fausses routes, sans oser arborer un principe ferme et sans savoir s'y tenir.

Il semble qu'il y ait de la présomption, dans une science comme la jurisprudence, et dans une question comme celle-ci, sur laquelle les jurisconsultes disputent depuis tant de siècles, à prétendre ériger en principe que l'erreur de droit est impardonnable. Le bon sens nous dit que les plus savants en droit ne sont pas ceux qui n'errent jamais, mais ceux qui errent le moins souvent; qu'il y a une multitude de lois que les hommes de la profession ignorent: et que sera-ce alors pour cette masse de citoyens qui n'ont pas étudié le droit? Il est évident qu'il n'y a pas ici de réponse générale à donner, telle erreur de droit étant inexcusable en effet, et telle autre des plus vénielles.

Si l'erreur de droit a été déterminante, si elle n'est point impardonnable, si elle est bien évidente d'ailleurs (le contrat peut le démontrer); si, par exemple, deux cohéritiers ont partagé une succession, dans l'opinion que la loi attribuait à chacun une part différente de ce qu'elle leur attribuait réellement, on ne voit aucun motif sérieux pour dire que dans ce cas l'erreur de droit n'opèrerait pas nullité.

Il en serait encore de même si une seule des parties avait été dans l'erreur, à l'insu de l'autre, sauf à indemniser celle-ci du préjudice dans lequel cette erreur a pu l'induire. — Que si la méprise était grossière, et qu'elle portât sur un point connu de tout

le monde, la preuve n'en devrait pas être admise, soit parce qu'une pareille erreur est trop improbable, soit parce que celui qui l'allègue a, dans tous les cas, une faute grave à se reprocher.

SECTION III.

Du Dol.

Le dol pourrait certainement rentrer dans les hypothèses d'erreur : car, si le dol n'avait pas produit d'erreur, il ne pourrait vicier les contrats. Si donc on l'envisage séparément, c'est qu'il donne à l'erreur un caractère particulier de gravité qui fait que souvent une erreur qui par elle-même n'aurait pas été suffisante pour être une cause de nullité, le deviendra si elle a été le résultat d'une manœuvre frauduleuse.

Ainsi l'erreur sur les motifs impulsifs, qui n'est pas en général une cause de nullité dans les ventes, pourra être considérée comme telle si elle a été déterminée par des mensonges de l'acheteur, tendant à faire consentir le vendeur à une aliénation qu'il n'aurait pas faite sans cela.

Nous devons aux Romains une distinction célèbre entre le dol et la violence, distinction d'après laquelle le dol ne vicie la convention qu'autant qu'il émane de la personne même du créancier ; tandis que la violence autorise celui sur qui elle a été exer-

cée à se dégager du contrat, lors même que le créancier en serait tout-à-fait innocent[1]. Les raisons alléguées pour justifier cette différence paraissent peu solides. On a dit que la frayeur pouvait avoir empêché la personne violentée de reconnaître l'auteur des voies de fait, tandis que le dol laisse plus de liberté à l'esprit. Mais le contraire peut être tout aussi vrai, puisque l'auteur d'une violence ne se cache pas, tandis que l'auteur d'un dol agit par des voies détournées. Il semblerait plus naturel de dire que, lorsqu'il sera établi qu'un dol a été pratiqué, le contrat sera nul, le créancier, même étranger à ce dol, ne pouvant prétendre avec justice à en profiter pour s'enrichir aux dépens du débiteur, s'il est constant qu'en l'absence du dol celui-ci n'aurait pas formé l'obligation.

Les lois romaines parlaient encore d'un *dolus bonus,* dont l'emploi n'aurait rien de répréhensible dans les contrats. C'est le cas de dire qu'en ces sortes de choses le meilleur est encore mauvais. Si l'intelligence est une qualité précieuse, l'abus de l'intelligence est la finesse, et l'abus de la finesse est la fraude : pente glissante sur laquelle il vaut mieux ne pas se hasarder.

[1] L. 2, § 1, *de Doli mali et Met. Except.;* l. 14, § 3, *quod Metus causa,* ff. — Cod. civ., art. 1111, 1116.

CHAPITRE IX.

De l'Objet des Contrats.

L'objet, qui forme, avec le consentement, la seconde condition essentielle à la validité des contrats, consiste soit dans une chose à donner, soit dans un fait personnel de la partie qui s'oblige [1].

Il faut que cet objet soit déterminé, c'est-à-dire qu'on puisse connaître ce que les contractants avaient en vue : car un objet indéterminé équivaut au néant par rapport à la validité de la convention. Vous n'avez pas de droit contre moi, si je vous ai promis une somme, un animal, du grain, sans préciser davantage.

[1] Pour être exact, il faudrait dire que l'objet des contrats consiste toujours dans un fait : car c'est aussi un fait que de donner. Cependant l'Ecole distingue avec soin les obligations de *donner* et les obligations de *faire*, distinction dont le but est d'arriver à dire que *toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts*. Il est vrai que, personne ne pouvant être astreint à faire, dans l'exactitude du mot, la seule voie possible de contrainte est d'adjuger un dédommagement suffisant au créancier qui souffre par suite de l'inexécution. Mais il en est de même dans la plupart des obligations de donner, et notamment dans toutes celles qui portent sur un *genre* (cent mesures de blé, cent litres de vin). Le créancier ne peut alors qu'obtenir des dommages-intérêts. La différence signalée n'existe donc que lorsque la promesse est d'un corps certain, dont la propriété a été transportée immédiatement au créancier par le contrat.

Il faut un objet *possible* pour servir de matière à une obligation valable. Or l'impossibilité de l'objet peut être physique ou morale, temporaire ou perpétuelle, absolue ou relative.

1° *Impossibilité physique ou morale.* — Je me suis engagé à vous livrer un centaure pour mettre dans vos collections d'histoire naturelle[1]; ou, ce qui revient au même, je vous ai promis tel cheval, mort depuis quelques jours sans que j'en fusse informé; ou bien encore je suis convenu de vous construire une maison dans une nuit. Dans tous ces cas l'objet ne peut être presté, par la nature même des choses.

Deux individus ont fait, à l'exemple des *bravi* d'Italie, un marché par lequel l'un s'engage à délivrer l'autre d'un ennemi, moyennant une certaine somme. L'objet est impossible aux yeux de la morale; et, comme une pareille convention est un acte coupable, il ne peut pas se faire que cette convention engendre un droit ni pour l'une ni pour l'autre des parties[2].

[1] J'ai pris cet exemple, déjà donné par les jurisconsultes de Rome, parce que ce fut long-temps une grave controverse entre les savants que de savoir s'il existait des centaures. Cicéron, Lucrèce et Sénèque n'y croyaient pas; mais Pline affirme en avoir vu un apporté d'Egypte à Rome dans du miel: *Et nos principatu ejus* [Claudii Cæsaris] *allatum illi ex Ægypto in melle vidimus.* Hist. nat., lib. vii, c. 3. Une discussion pareille s'est élevée de nos jours entre les savants sur l'existence de la licorne. V. les Œuvres de Cuvier.

[2] Mais *quid* si le crime a été exécuté? La somme doit-elle être payée? On regrette de voir Grotius enseigner l'affirmative,

La loi positive peut aussi, dans un but d'utilité générale, défendre certaines actions naturellement licites, qui par-là prennent également un caractère d'impossibilité. C'est ainsi qu'elle prohibe la culture et la vente du tabac, la contrebande et l'usure. Elle crée encore une impossibilité de cette espèce, quand elle place certaines choses hors du commerce : car elle défend par-là même de les vendre et de les posséder. Enfin, l'on peut rapporter à cette cause la nullité des pactes sur les successions futures, pactes improuvés par le législateur, soit à cause de leur inconvenance, soit à cause des dangers qu'ils entraîneraient pour la personne dont la succession aurait été vendue par anticipation.

2° *Impossibilité temporaire.* — Par exemple, je me suis engagé à vous livrer les fruits de ma vigne qui n'existent pas encore, ou à vous transporter par eau à une époque où les rivières sont gelées. A vrai dire, le fait, dans ces divers cas, n'est pas impossible en

sur le motif que le vice d'une promesse de ce genre, qui est un appât au mal, disparaît dès que le crime est commis : *Et mali illex labem in se habet, quæ cessare incipit peracto crimine.* Lib. II, c. 11, n° 9. Même en admettant le principe de Grotius, il faudrait répudier sa conclusion, puisque l'appât au mal est certainement moindre quand le malfaiteur n'est pas sûr d'obtenir la récompense promise. Il est clair qu'une convention comme celle qu'on suppose renferme un délit de la part des deux parties, et la raison se contredirait elle-même si elle admettait qu'une personne peut acquérir un droit par son délit. Cela n'est admissible ni dans le for extérieur, ni dans le for intérieur : car la conscience ne reconnaît pas ce qu'on appelle quelquefois l'honneur des coquins.

lui-même, puisqu'il sera possible plus tard. L'impossibilité n'existe qu'en tant que j'ai promis la chose pour une époque où elle ne peut se prester. Encore reste-t-il la question de savoir si nous n'avons pas entendu que la convention serait exécutée aussitôt qu'elle pourrait l'être.

3° *Impossibilité relative.* — Une chose peut être possible en général, mais impossible pour celui qui l'a promise : comme si un laboureur s'engageait à peindre un portrait, si un homme qui ne sait pas l'allemand s'engageait à le montrer, si celui qui n'a pas la propriété d'une chose s'engageait à la transférer à autrui, si un prisonnier subissant actuellement sa peine promettait de se transporter dans un certain lieu.

Dans les divers cas que nous venons de parcourir, l'engagement sera toujours nul comme engagement contractuel, puisque l'objet promis ne peut être presté. Mais il pourra se faire qu'il y ait lieu à indemnité à raison du dommage causé à l'une des parties. Cette indemnité ne reposera point sur la convention primitive; elle naîtra directement du fait préjudiciable. On se décidera à cet égard d'après les règles suivantes.

Si le créancier a connu ou dû connaître l'impossibilité [1], il n'a droit à aucun dédommagement,

[1] Je dis *ou dû connaître*, parce que, bien qu'il l'ait ignorée, s'il doit être réputé l'avoir connue, cela revient au même. Celui qui aurait acheté la succession d'un homme vivant,

n'ayant jamais pu compter sur l'exécution du contrat.

Si, au contraire, l'impossibilité a été ignorée du créancier, et que le promettant l'ait connue ou ait dû la connaître, il sera dû une indemnité au premier pour le préjudice qu'il a ressenti par suite de la juste attente qu'il avait fondée sur la convention[1].

Sont-ils tous les deux de bonne foi, ont-ils ignoré tous les deux et nécessairement l'inaptitude de l'objet à faire la matière de l'obligation : la convention est atteinte de nullité dans son entier, puisque d'un côté elle manque d'objet, et que de l'autre il n'y a aucune faute d'où l'on puisse faire découler une obligation à réparer le préjudice [2].

croyant que c'était un fait permis, n'aurait droit à aucuns dommages-intérêts pour cause de non-exécution.

[1] Cela s'appliquera en général aux impossibilités purement personnelles au débiteur : car le créancier a dû s'en rapporter à lui quand il a promis son propre fait. Voilà pourquoi celui qui vend la chose d'autrui, même de bonne foi, est tenu d'indemniser l'acheteur évincé. Il devait savoir s'il était ou non propriétaire. L'acheteur, au contraire, a pu et dû s'en fier à sa parole.

[2] C'est pour cette raison que la vente est purement et simplement nulle quand l'objet avait péri par cas fortuit au moment du contrat, à l'insu des parties. Il y a ici un évènement que toute la sagesse de l'homme ne pouvait deviner; tandis que, dans le cas de vente de la chose d'autrui, l'ignorance du vendeur lui était toujours plus ou moins imputable.

CHAPITRE X.

De l'Effet des Conventions à l'égard des Tiers.

La maxime *Res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest* forme encore aujourd'hui l'un des principes fondamentaux en matière d'obligations conventionnelles, quoiqu'elle soit toujours allée en perdant du terrain depuis les temps anciens. Il importe d'examiner si c'est une règle factice, ou si elle est basée sur la raison.

1° *Du Principe que les Conventions ne nuisent pas aux Tiers.*

On répète cet axiome de droit tous les jours, et tous les jours on voit des conventions qui nuisent aux tiers. Je contracte une dette : cette convention nuit à mes créanciers antérieurs, surtout quand ma solvabilité est douteuse. Je donne ou je vends mes propriétés : il en résulte un préjudice pour mes héritiers présomptifs. Quand j'amodie ma maison à un artisan d'une profession bruyante, mes voisins ou mes autres locataires n'en souffrent-ils pas? Que signifie, dès-lors, la règle en question?

Uniquement une chose, à savoir, que les conventions, étant des faits, ne peuvent porter ni plus ni moins de préjudice à autrui que tout autre fait

de l'homme. Elles ne sont donc pas soumises à des principes différents de ceux qui régissent les actions de l'homme en général. Dans les cas où il serait responsable envers les tiers d'un acte préjudiciable, il ne pourra pas davantage leur nuire par un contrat; il le pourra, au contraire, dans les cas qui n'entraîneraient pour lui aucune responsabilité.

Ainsi, toutes les fois qu'on agit dans la limite de son droit, on peut faire une convention préjudiciable à autrui; mais la loi arrête l'effet de cette convention quand elle dépasse cette limite.

De même que je ne puis, par mon fait, attenter à la propriété des autres, ni m'y permettre aucun acte de jouissance, de même je ne peux, par une convention, transporter cette propriété à un tiers, ni la diminuer par la concession d'un droit quelconque.

Mais, comme mon droit de propriété m'autorise à disposer de ma chose de la manière la plus absolue, je puis la vendre, la louer, la métamorphoser, sans être responsable du dommage qui pourrait en réfléchir sur les tiers.

En résumé, une convention ne peut pas diminuer ou détruire les droits acquis de ceux qui n'y ont point participé. La maxime qui nous occupe n'a pas d'autre sens.

2° *Du Principe que les Conventions ne profitent pas à autrui.*

Cette seconde branche de la règle n'est pas aussi facile à justifier que la première : car, si l'on conçoit que je ne doive pas nuire à autrui par mon fait, on ne voit pas pourquoi il me serait interdit de lui faire du bien.

Je stipule de vous que vous donnerez mille francs à Pierre, dont je suis l'ami. La loi romaine annullait entièrement une semblable promesse, en proclamant ce principe : *Inventæ sunt stipulationes ut unusquisque adquirat quod sua interest* [1]. C'est la maxime *Chacun chez soi, chacun pour soi;* maxime au moins très-égoïste.

Notre Code civil a fait une concession. Je pourrai stipuler au nom de Pierre, si telle est la condition d'une convention que je forme pour moi-même; c'est-à-dire que si je vends ma maison, je pourrai incidemment stipuler que l'acquéreur paiera une certaine somme à Pierre; mais je ne puis pas faire d'une pareille stipulation l'objet d'un contrat principal et isolé [2]. On cherche la raison de cette distinction arbitraire. Pourquoi ce qui m'est défendu dans un cas m'est-il permis dans l'autre? Si la stipulation au profit d'autrui est une chose mauvaise, il ne faut jamais la permettre; si elle est sans inconvénient, il ne faut jamais l'empêcher.

[1] Instit. Justin., *de inut. Stipul.*, § 19.
[2] Code civ., art. 1121.

L'intérêt, dit la jurisprudence, est la base des actions humaines; il leur donne seul de la valeur en droit. La Justice n'a pas à garantir des contrats qui ne procurent aucun avantage personnel à ceux qui les ont formés. Le stipulant ne peut réclamer l'exécution de la promesse, parce que peu lui importe qu'on donne mille francs à Pierre ou qu'on ne les lui donne pas; et Pierre, de son côté, ne peut pas agir, parce que ce n'est pas à lui qu'on a promis. — Mais, d'abord, qui vous dit que je n'ai pas d'intérêt à ce qu'on donne quelque chose à Pierre? Pas d'intérêt pécuniaire, cela est possible. Mais est-ce que l'intérêt d'affection compte pour rien? Quelle science, que celle qui proclamerait en principe qu'il est défendu de prendre à cœur l'avantage d'un ami, d'un parent! Pourquoi, dans cette morale avare, reconnaît-on comme valables les testaments et les donations?

Eh quoi! on trouve légitime que je prenne dans ma caisse mille francs pour les donner à Pierre; mais si j'ai stipulé de Paul qu'il lui donnera pareille somme, on me refuse une action pour l'y contraindre, parce que je n'y ai pas d'intérêt. Quelle différence y a-t-il cependant entre les lui donner moi-même ou les lui faire donner par un autre?

Ce n'est pas tout : on prétend qu'il est impossible que Pierre agisse contre le promettant, parce que, dit-on, ce n'est pas à lui que la promesse a été faite; et ceux qui raisonnent ainsi enseignent d'autre part qu'un contrat peut se former par une pollicitation acceptée après intervalle. Mais alors, pourquoi Pierre

ne peut-il pas accepter la déclaration de volonté faite à son profit dans la promesse que j'ai reçue? Si cette volonté avait été manifestée de toute autre manière, il le pourrait; et il ne le pourra pas parce qu'elle aura été faite dans une convention formée avec moi, c'est-à-dire d'une façon plus solennelle, plus obligatoire! Singulière logique, en vérité!

Essayons de déterminer la valeur et les effets d'une semblable convention aux yeux de la raison pure.

Quand j'ai stipulé quelque chose au profit d'un tiers, il est absurde de soutenir que je n'ai pas d'intérêt à la prestation : car cet intérêt doit se présupposer par cela même que j'ai formé le contrat. J'ai donc le droit d'exiger que le promettant accomplisse sa promesse; et en cela je ne lui fais aucun tort, puisque je ne lui demande que ce à quoi il a librement consenti.

Le tiers doit avoir lui-même une action pour demander la chose promise, après avoir accepté la pollicitation à son profit, contenue implicitement dans la convention.

Mais tant que cette acceptation n'a point eu lieu, aucun droit ne lui est encore acquis définitivement; en sorte que les deux contractants peuvent résoudre leur accord d'un consentement mutuel. Après l'acceptation, ils ne le peuvent plus.

Telles sont les dispositions que la loi devrait renfermer pour être conforme à la logique [1].

[1] Je ne parle pas ici du cas où la convention aurait été faite

CHAPITRE XI.

Des diverses Modalités des Obligations.

Le débiteur, étant le maître de s'engager ou de ne pas s'engager, est libre aussi de ne contracter qu'une obligation limitée pour le temps, ou subordonnée à une condition. Dans le premier cas, l'obligation est dite *à terme;* dans le second cas, *conditionnelle.*

§ I.

Des Obligations à terme.

L'obligation est également à terme, soit qu'on en ait suspendu l'exécution jusqu'à un jour donné (*terminus ad quem*), soit qu'on ait stipulé qu'elle cesserait à partir d'une époque fixe (*terminus a quo*).

au nom d'un tiers par suite d'un mandat, parce qu'alors c'est le mandant qui contracte, et le mandataire n'est qu'un instrument qui manifeste la volonté d'un autre. Cependant les Romains étaient tellement attachés à leur règle *qu'on n'acquiert pas de droit par autrui*, qu'ils n'accordaient pas d'action au mandant contre celui qui avait promis au mandataire. C'était celui-ci qui devait agir; puis, quand il avait la chose, il était obligé de la remettre au mandant en considération de qui elle lui avait été promise. Ces détours étaient très-contraires à la simplicité du droit naturel.

Dans les deux cas, l'obligation est certaine quant à son existence, quoiqu'on ne puisse pas en réclamer l'exécution avant ou après l'époque indiquée.

La question de savoir si le débiteur peut renoncer au bénéfice du terme et prétendre s'acquitter auparavant, est tout entière de fait; elle ne peut être résolue qu'en consultant l'intention des parties, sur laquelle les circonstances ou la nature même du contrat jetteront ordinairement du jour. Dans un prêt, on présumera facilement que le terme a été inséré en faveur de l'emprunteur seul, qui pourra dès-lors rendre la chose prêtée, même avant le délai fixé. Dans un dépôt, au contraire, il sera plutôt à croire que le jour indiqué pour la restitution l'a été en faveur du déposant: il est possible que celui-ci ait eu le dessein de s'absenter, et qu'il ait voulu assurer la conservation de sa chose jusqu'à son retour.

§ II.

Des Obligations conditionnelles.

On appelle *condition* un évènement futur et incertain, duquel les parties ont fait dépendre l'existence de l'obligation.

Cet évènement doit être *incertain*, car autrement il ne constituerait qu'un terme: Je vous donnerai mille francs si mon navire revient des Indes, voilà une condition; Je vous donnerai la même somme si telle personne vient à mourir, voilà un simple terme. On veut aussi que l'évènement soit *futur*, parce

que, dit-on, s'il était déjà accompli, l'obligation ne serait pas réellement suspendue; il pourrait seulement y avoir ignorance dans l'esprit des parties : mais une fois le fait vérifié, l'obligation aurait existé ou n'aurait pas existé *ab initio*[1].

Cependant le second de ces caractères peut être contesté. En effet, prenons un exemple : Je vous promets cent francs, *si les Romains connaissaient l'usage de saluer ceux qui éternuaient.* Certes, il s'agit là d'un fait accompli depuis long-temps. Or, n'y a-t-il pas identité complète entre ce cas et celui où je vous aurais promis cent francs sous la condition que *vous me prouveriez* que les Romains connaissaient cet usage? Peut-être cette preuve vous sera-t-elle possible, peut-être ne le sera-t-elle point. C'est donc une condition qui repose sur un fait incertain, et l'on peut y ramener toutes les conditions *in præteritum*[2].

L'effet des conditions variant selon leur nature, il

[1] Le Code civil n'a point adopté cette idée, puisqu'il définit la condition suspensive « celle qui dépend d'un évènement » futur et incertain, ou d'un évènement actuellement arrivé, » mais encore inconnu des parties » (art. 1181). — Mais qu'importe, dira-t-on, que ce soit une condition ou que ce n'en soit pas une? Cela peut avoir de l'importance pour le cas de perte de la chose, comme on le verra à la fin de ce chapitre.

[2] Le fait est que l'usage dont il s'agit nous vient des Romains, comme tant d'autres. Dans Apulée, le mari qui entend éternuer l'amant de sa femme, caché sous un tonneau, lui fait un salut à chaque fois: *Atque ut primum e regione mulieris, pone tergum ejus, maritus acceperat sonum sternutationis, quod enim putaret ab ea profectum*, solito sermone fuerat ei salutem imprecatus. *Metam.* lib. IX.

est indispensable d'examiner à part leurs diverses espèces.

1° *Conditions casuelles.* — On appelle ainsi celles qui dépendent du hasard, ou du moins celles sur l'accomplissement desquelles la volonté des parties n'a pas d'influence. Je vous vends mon domaine, si votre femme accouche d'un garçon, si je gagne un procès, si Titius va se fixer à Paris. Dans tous ces cas, il faut attendre la réalisation du fait pour savoir si le contrat aura son exécution.

2° *Conditions potestatives.* — Ce sont celles qui dépendent de la volonté, soit du débiteur, soit du créancier. — *Du débiteur,* comme quand je m'engage à vous vendre ma maison pour une somme de. . ., si je quitte Dijon dans l'année, convention très-valable, quoiqu'il dépende jusqu'à un certain point de moi qu'elle n'ait pas de suite. Mais il n'en serait pas de même de celle où la condition consisterait dans un pur acte de ma volonté (v. g. la condition *si volam*), parce qu'un homme qui n'est engagé qu'autant qu'il le veut, n'est pas engagé. — *Du créancier,* par exemple, quand on me promet un avantage à condition que j'embrasserai le commerce ou que j'irai étudier dans telle ville. En pareil cas, il est douteux si je pourrai exiger la chose promise, dans l'hypothèse où j'aurais fait tout ce qui est en moi pour remplir la condition, laquelle n'aurait manqué que par une force majeure. Ainsi, j'étais tout prêt à partir pour la ville indiquée, lorsque je suis tombé dangereusement malade; ou même j'y suis allé, et, par suite de

troubles politiques, j'ai trouvé les écoles fermées. Le droit naturel ne donne pas de solution absolue dans une difficulté de ce genre. C'est la commune intention des parties qui est à considérer avant tout. Dans le doute, on se prononcera en faveur du débiteur, qu'il faut grever le moins possible.

3° *Conditions mixtes.* — On appelle ainsi les conditions qui dépendent tout à la fois de la volonté du créancier et d'un fait placé dans l'empire de la contingence. De cette nature serait la promesse que je vous ferais d'une somme, si vous achetiez l'étude de tel notaire ou si vous épousiez telle fille. Il peut arriver que la condition vienne à défaillir, ou par votre faute, ou par la volonté de la tierce personne qui doit concourir à son accomplissement. Dans le premier cas, le contrat sera sans effet; dans le second, ce sera encore une question d'intention que de savoir si vous ne pourriez pas, en cas de refus du notaire désigné, traiter avec un autre. Toutefois, on répète que, dans le doute, il est difficile d'étendre ainsi la lettre des conventions.

4° *Conditions affirmatives et négatives.* — La condition est affirmative, quand elle consiste à faire, par exemple à embrasser l'état ecclésiastique. Elle est négative, quand elle consiste à ne pas faire, par exemple à ne pas embrasser cet état. Si la condition négative n'est pas renfermée dans un certain délai par sa nature propre ou par la stipulation, il s'ensuit que le créancier ne peut pas profiter lui-même de la promesse, puisque, tant qu'il vivra, il n'est

pas certain qu'il ne contreviendra pas à la condition. Il semble toutefois qu'ici une interprétation de volonté contraire serait facilement admissible, en ce sens, que la chose devrait être délivrée au créancier sous la garantie qu'il la restituerait dans le cas où il ne se conformerait point à la loi du contrat [1].

5° *Conditions impossibles.* — Il y a des conditions impossibles physiquement, moralement, légalement, comme nous l'avons dit plus haut, en parlant de l'objet des contrats. Mais de quelque nature que soit l'impossibilité, la convention est également viciée, et cela sans distinction entre les contrats à titre onéreux et les contrats à titre gratuit. On ne devine guère d'après quelle raison la loi positive a pu déclarer valable une donation faite sous condition impossible. Je vous donne mon domaine, si vous touchez la lune avec le doigt : c'est une folie; — Je vous donne mon domaine, si vous commettez un adultère : c'est un pacte honteux; — Je vous donne ma maison, si vous épousez telle femme, ignorant que vous êtes déjà marié : si j'avais su l'impossibilité où vous vous trouviez de remplir la condition, peut-être n'aurais-je pas donné; dans tous les cas, le donataire est en faute de n'avoir pas fait connaître sa position au donateur [2].

[1] Le droit romain l'admettait toujours pour les legs, à charge par le légataire de fournir une caution qu'on appelait *caution mutienne*. Le bon sens demanderait souvent que cette règle fût étendue aux contrats.

[2] Anciennement, la secte des Sabiniens, à Rome, avait fait prévaloir la règle que les conditions impossibles seraient ré-

Si, au contraire, la promesse avait été faite à condition de ne pas tenter une chose impossible, elle serait valable, et même elle ne serait pas conditionnelle, puisqu'il est déjà certain que l'acte ne peut se réaliser[1].

6° *Conditions suspensives et résolutoires.* — La condition suspensive est celle qui suspend la naissance de l'engagement jusqu'à l'accomplissement d'un fait; — la condition résolutoire, celle qui n'empêche pas le contrat d'être exécuté tout de suite, mais qui le résout si tel évènement s'accomplit.

La question importante qui s'élève à ce sujet est de savoir si l'évènement de la condition a un effet rétroactif à l'égard des tiers, et par conséquent s'il doit effacer les droits qui leur auraient été concédés *pendente conditione*. En fait, il est certain que le vendeur sous

putées non écrites dans les testaments; et encore Gaïus, qui appartenait à cette secte, avouait-il que cette disposition était difficile à justifier: *Cujus rei vix idonea ratio invenitur.* Instit. comm. III, § 98. On doit regretter que le Code civil, loin de réformer sur ce point la législation romaine, ait cru devoir étendre la règle aux donations entre vifs, qui n'avaient jamais participé à cette faveur (art. 900).

[1] Il y a cependant des conditions pour lesquelles cela peut faire difficulté, comme si j'achète de vous telle maison sous la condition qu'il n'y revient pas de spectres. Les tribunaux peuvent-ils déclarer l'achat pur et simple, en s'établissant juges non-seulement de la convention, mais encore d'une question physico-ontologique sur laquelle tout le monde n'est pas d'accord? Thomasius a écrit une dissertation ayant pour titre : *De non rescindendo contractu conductionis ob metum spectrorum.* Dans tous les cas, c'est ici qu'il y aurait lieu à l'exécution provisoire, jusqu'à ce que l'apparition des revenants fût dûment constatée en justice.

condition suspensive ou que l'acquéreur sous condition résolutoire est resté propriétaire jusqu'à l'évènement de la condition, et il semble dès-lors que la propriété qu'il aurait transférée à d'autres leur est dûment acquise. Mais d'un autre côté, cette propriété était modifiée dans ses mains par suite de l'engagement conditionnel qu'il avait pris. Il était sous le coup d'une créance frappant la chose en expectative, et il paraît juste qu'il ne puisse pas transférer à un autre plus de droit qu'il n'en avait lui-même. Toutefois la fiction de la rétroactivité des conditions n'est pleinement équitable que dans les législations qui, en entourant la transmission du domaine d'une publicité salutaire, permettent à toute personne de connaître les droits, soit définitifs, soit conditionnels, qui peuvent exister sur la chose qu'elle se propose d'acquérir [1].

7° *Conditions expresses et tacites* — Les conditions sont ordinairement exprimées dans le contrat; mais il en est un grand nombre de tacites, qui ne résultent pas moins de la volonté des parties, quoiqu'on ne puisse connaître cette volonté que par voie d'induction, soit d'après la nature de l'objet promis, soit d'après celle du contrat, soit d'après les circonstances dans lesquelles il a été formé. Quand un créancier reçoit un gage, il contracte l'obligation de le rendre si le débiteur s'acquitte envers lui. Un

[1] Le Code autrichien connaît dans ce cas la *prénotation*, qui consiste à inscrire le droit conditionnel sur les registres publics, afin de le porter à la connaissance des tiers.

propriétaire qui vend par avance le vin de sa récolte, à tant l'hectolitre, ne s'oblige à le livrer que si la récolte vient à bien. Enfin, l'on peut dire que dans toutes les conventions il y a une condition tacite générale, qui est de payer des dommages-intérêts à la partie qui souffrirait par suite du manquement de l'autre à exécuter ses engagements.

C'est de là qu'on peut déduire l'obligation de la garantie dans la vente, pour le cas où la chose vendue serait impropre à l'usage ordinaire des choses de son espèce, ou pour le cas où elle viendrait à être évincée entre les mains de l'acheteur.

Quant à l'effet des conditions en général, elles n'empêchent pas l'obligation d'être transmissible aux héritiers des parties, si ces parties viennent à décéder avant que la condition se réalise. L'héritier du promettant, tenu de toutes les dettes de ce dernier comme détenteur de ses biens, est tenu aussi de ses dettes conditionnelles, auxquelles le promettant lui-même, s'il vivait, ne pourrait se soustraire; et pour l'héritier du créancier, bien que son auteur n'ait jamais eu un droit parfait à la chose promise, du moins il succède aussi à l'espérance qui résultait du contrat, espérance constituant un droit appréciable qu'il ne dépendait pas du débiteur de détruire.

C'est une question que de savoir si la perte de la chose promise, arrivée avant l'accomplissement de la condition, doit résoudre le contrat. Dans les simples promesses unilatérales, il est évident que l'obli-

gation est éteinte faute d'objet, à quelque époque que la perte arrive. Mais le doute naît dans les contrats où les deux parties se sont respectivement promis quelque chose à titre commutatif. Si l'un des objets périt, et qu'ensuite la condition se réalise, l'autre contractant doit-il livrer ce qu'il devait donner de son côté? La question me paraît revenir à celle-ci : l'acheteur entendait-il promettre le prix convenu en retour de la simple espérance de la chose, ou en retour de la chose elle-même? Il est clair qu'il entendait acheter la chose elle-même : car dans les ventes conditionnelles, le prix se base sur la valeur de la chose, et non pas sur la valeur de l'espérance de la chose. Il faut en conclure que la perte de l'objet dégage l'autre partie du lien contractuel.

CHAPITRE XII.

De la Nature du Droit contractuel.

L'effet naturel des contrats est de créer au profit du créancier un droit personnel, tendant à exiger du débiteur l'accomplissement de sa promesse. Non pas que la convention ne puisse en certains cas produire le droit réel; mais ce n'est pas là son but ordinaire, tandis qu'au contraire elle produit naturellement et dans tous les cas le droit personnel.

Ainsi, d'abord, toutes les fois que l'engagement

porte sur un fait, le droit du créancier ne peut être que personnel: celui-ci ne peut s'adresser qu'au promettant lui-même pour réclamer l'exécution du fait promis, il n'a de prétention à élever contre personne autre.

Il en est absolument de même quand l'objet promis est du nombre des choses indéterminées qu'on appelle *genres* dans la langue juridique, comme seraient par exemple cent mesures de blé ou une somme de mille francs.

Mais si la matière de l'obligation est un corps certain, par exemple telle maison, tel cheval, il y a désaccord entre les jurisconsultes pour savoir si le simple contrat, non suivi de tradition, peut faire acquérir au créancier le droit réel, c'est-à-dire la propriété, ou bien si ce dernier n'a qu'une action contre le promettant, pour lui demander la délivrance de la chose. Des auteurs d'un grand nom pensent encore aujourd'hui, conformément au droit romain, que les contrats ne peuvent jamais créer qu'un droit personnel. J'ai, au contraire, essayé d'établir plus haut [1] que tous les droits, étant incorporels, pouvaient également se transporter par le simple effet de la volonté.

J'ajoute ici que, bien que l'acheteur d'un corps certain devienne propriétaire *solo consensu*, ce n'est point une raison pour que la vente ne produise pas aussi un droit personnel contre le vendeur, qui, tout

[1] V. *supra*, liv. II, chap. 8, § 4.

en consentant à se dessaisir de la propriété à l'instant même, s'engage également à délivrer la chose dont il peut retenir la possession postérieurement au contrat.

Quel sera donc le droit du créancier d'un corps certain? Sera-ce un de ces droits mi-réels, mi-personnels, qui, sous le nom d'*actions mixtes*, ont été dans l'Ecole un sujet de débats si animés et si peu profitables? Sans ressusciter cette question trop controversée, qu'il me suffise de dire que l'idée de ce droit est assez simple. L'acheteur, étant propriétaire, peut attaquer toute personne qui détient sa chose, par une action réelle, et par conséquent le vendeur comme tout autre; mais il a de plus, en vertu du contrat, le droit personnel de lui demander sa mise en jouissance. Il est, en un mot, dans une position analogue à celle du déposant, qui est tout à la fois propriétaire de l'objet déposé, et créancier contractuel du dépositaire.

Lorsque le débiteur n'exécute pas son engagement comme il le devait, il y a lieu pour le créancier de s'adresser aux tribunaux, qui l'y contraindront si la chose est possible, c'est-à-dire s'il s'agit de la dation d'un corps déterminé. Mais quand il s'agit d'un fait, il n'y a aucun moyen humainement possible pour forcer le promettant à l'accomplir. On ne peut alors qu'accorder une indemnité au créancier, soit parce qu'on suppose que la convention en a été faite tacitement entre les parties, soit parce que chacun doit réparer le préjudice

qu'il cause à autrui. J'examinerai dans le chapitre suivant en quoi consiste cette indemnité.

CHAPITRE XIII.

Des Dommages-Intérêts.

L'inexécution des contrats, comme tous les dommages causés à autrui, entraîne une condamnation à des dommages-intérêts qui représentent pour la partie le préjudice essuyé.

Un auteur qui a rendu, à la suite de Kant, des services à la science du droit philosophique, Schmalz, a prétendu que, de droit naturel, il n'y a que l'offensé qui puisse fixer le chiffre de ses dommages-intérêts, et qu'il ne fait pas d'injustice à son adversaire, quel que soit le taux auquel il les estime[1]. J'ai déjà eu l'occasion de m'élever contre ce prétendu droit naturel, qui n'a jamais existé ni pu exister nulle part, et qui serait le modèle de la plus mauvaise organisation possible, s'il existait. J'appelle droit naturel celui qui est si sacré qu'on ne peut en concevoir l'anéantissement; j'appelle droit de la raison celui qui doit exister dans une société bien réglée. La prétendue maxime de Schmalz n'appartient ni à l'un ni à l'autre de ces droits.

C'est au juge, arbitre entre les deux plaideurs,

[1] *Recht der Natur*, § 181.

à déterminer la somme due, en prenant le milieu entre les réclamations exagérées de l'une des parties et les offres insuffisantes de l'autre.

§ I.

A quoi s'étendent les Dommages-Intérêts ?

Suivant les jurisconsultes, les dommages-intérêts comprennent le préjudice éprouvé par le demandeur (*damnum emergens*), et le gain dont il a été privé (*lucrum cessans*).

Mais dans l'un comme dans l'autre de ces éléments, il y a des faits plus ou moins nécessaires, des conséquences plus ou moins immédiates, comme on le verra par les exemples suivants.

Un homme qui avait vendu un cheval à un fermier, lui livre un cheval atteint d'une maladie contagieuse. Ce cheval meurt, et de plus il communique sa maladie aux autres chevaux, qui meurent également. Le fermier, dans l'impossibilité de cultiver ses fonds, perd sa récolte ; il est poursuivi, incarcéré, et tombe dans la misère. Voilà bien des faits qui se lient à une seule cause, la mauvaise exécution d'un contrat. Le vendeur doit-il en répondre ?

Autre exemple : Un homme est assassiné. Ses créanciers ont-ils une action contre l'assassin, parce que leur débiteur, en travaillant, aurait pu les payer ?

Quid par rapport aux pauvres qu'il nourrissait de ses aumônes[1] ?

Dans tous les cas pareils, il faut partir de ce principe, que la Justice ne consacre que les faits prouvés, et ne se base pas sur des conjectures. S'il était certain que cet homme eût payé ses créanciers, sans doute ils devraient être indemnisés. De même, dans le premier cas, s'il était certain que la ruine du fermier ne fût due qu'à la maladie du cheval livré, le vendeur répondrait du préjudice dans toute son étendue. Mais on sent que la preuve n'en peut guère être rapportée; que ce qui serait probable dans un cas ne le serait pas dans un autre; qu'il faut donc estimer le degré de négligence qui peut être imputé au demandeur, examiner si un plus prévoyant eût pu éviter le danger, parce qu'alors la cause en serait dans la faute du plaignant aussi bien que dans celle de son adversaire.

De là la distinction entre les dommages immédiats et nécessaires, et les dommages conséquentiels. Les premiers doivent toujours être réparés; quant aux autres, le juge statuera diversement d'après les faits et la position des parties, suivant qu'il jugera que l'inexécution du contrat est la cause plus ou moins directe du dommage éprouvé, suivant aussi

[1] Question posée par Sanchez dans ses *Consilia moralia* (lib. I, cap. 4, dub. 4) : *An homicida teneatur solvere debita quibus occisus adstrictus erat, quæ poterat probabiliter vivens creditoribus solvere?*

que le *lucrum cessans* lui paraîtra plus ou moins probable.

§ II.

Si les Dommages-Intérêts varient par la bonne ou la mauvaise foi du Débiteur.

Une théorie enseignée par les auteurs, et que nos lois paraissent avoir adoptée implicitement, consisterait à assigner aux dommages-intérêts une double origine, l'une contractuelle, l'autre délictueuse.

Toute personne qui contracte forme, dit-on, un pacte tacite par lequel elle s'engage à indemniser son cocontractant des dommages causés par l'inexécution; mais cela ne peut s'étendre qu'aux dommages qu'il était possible de prévoir lors du contrat, puisque ce sont les seuls sur lesquels pouvait se reposer l'esprit des parties.

Pour les autres, si le contractant en est tenu, ce ne peut plus être en vertu de la convention, mais en vertu de son fait nuisible, par le principe que chacun doit réparer le mal qu'il cause volontairement. Mais alors il faut qu'il y ait eu non pas seulement faute, imprudence, mais intention méchante, c'est-à-dire dol ou mauvaise foi.

De là une distinction entre le débiteur de bonne foi, qui ne répondrait que des dommages prévus ou susceptibles de l'être lors du contrat; et le débiteur de mauvaise foi, qui devrait les réparer tous, prévus ou imprévus.

Cette distinction ne supporte pas l'examen : car elle repose sur cette idée, qu'un homme ne peut s'engager à réparer des dommages imprévus, ce qui est tout-à-fait inexact.

Elle conduirait à dire que si le débiteur avait donné une hypothèque pour sûreté de l'exécution, cette hypothèque ne répondrait que des dommages prévus, en vertu de la cause contractuelle, mais qu'elle ne s'étendrait pas aux dommages imprévus, puisqu'ils ne sont pas dus en vertu du contrat.

Que le dommage ait été prévu ou imprévu, du moment qu'il est arrivé par sa faute, l'homme est obligé de le réparer ; sa bonne ou sa mauvaise foi n'y fait rien. Qu'importe, en effet, à celui qui a souffert, que ce soit par la simple faute ou par le dol de son adversaire qu'il soit constitué en perte ?

Ce qui induit à traiter plus sévèrement le dol que la simple faute, c'est que l'on mêle involontairement des considérations de droit pénal à des considérations de droit civil. Sans doute, s'il s'agissait d'appliquer une peine, il faudrait être plus rigoureux pour le débiteur de mauvaise foi que pour le débiteur de bonne foi. Mais dans le droit civil, où tout se borne à indemniser d'une perte éprouvée, il n'importe pas, on le répète, qu'elle provienne d'un dol ou d'une simple faute, puisque dans tous les cas celui qui en souffre est plus favorable que celui qui en a été la cause. Il faut donc la réparer intégralement.

La seule question sera, comme je l'ai dit plus

haut, de savoir si la perte est due en entier au fait du débiteur, si elle n'a pas eu aussi des causes collatérales, soit dans des faits étrangers, soit dans la négligence du créancier lui-même; si un autre, en un mot, avec plus de prévoyance, n'aurait pas pu éviter en tout ou en partie le préjudice dont il se plaint.

§ III.

Des Distinctions à faire entre les Contrats et les Délits.

Il y a cependant une distinction à faire entre le cas où il y a délit, accompagné de mauvaise foi, et celui où il y a simple préjudice involontaire. Cette distinction, la plupart des lois l'ont faite, en doublant dans le premier cas la somme du dommage causé.

Les lois de Manou condamnent celui qui dénie sa dette à la payer double [1].

La dénégation d'un dépôt est punie de la même peine dans les lois de Moïse [2].

Le voleur, dans le droit romain, doit restituer la chose volée au double ou au quadruple, suivant les cas; et cette règle est encore aujourd'hui suivie dans le droit espagnol, sans préjudice des peines criminelles applicables au délit [3].

[1] *Lois de Manou*, l. VIII, v. 59.

[2] Exode, ch. XXII, v. 7. — MICHAELIS, t. III, p. 128.

[3] C'est l'ancienne règle des *Siete Partidas*, encore en vigueur. SALA, t. II, ch. 22.

La pensée rationnelle qui dicta ces dispositions est que celui qui commet un délit avec intention de nuire, échappe la plupart du temps à la réparation du dommage, soit en restant inconnu, soit parce que sa culpabilité ne peut être établie. Il est donc juste que, lorsqu'il est convaincu, il soit condamné au double, afin de compenser la chance courue par le propriétaire de n'obtenir aucune indemnité.

Seulement, quand je me sers ici du mot *délit*, je l'emploie dans le sens philosophique, et non dans le sens plus ou moins arbitraire qu'il a reçu chez nous. Ainsi, nos lois qualifient de délit le fait de prendre un franc dans la poche de quelqu'un; mais il n'y a pas délit dans le fait de nier une dette de cent mille écus. Celui qui poserait le couteau de son voisin près d'un cadavre, pour faire peser sur lui le soupçon d'un assassinat, n'est pas non plus coupable du plus léger délit. Toutes ces règles sont purement arbitraires.

Il faut entendre par délit tout fait par lequel on tente de nuire à autrui, avec intention de se soustraire à l'exécution d'une obligation ou à la réparation d'un préjudice.

CHAPITRE XIV.

De la Prestation des fautes.

La théorie des fautes, étroitement liée à celle des dommages-intérêts, a pour objet de déterminer de

quelle faute plus ou moins grave les parties sont tenues dans les divers contrats.

En principe, nous l'avons dit, une faute quelconque, si légère qu'elle soit, oblige son auteur à réparer tout le dommage qui en est résulté pour autrui; mais la volonté des parties peut évidemment restreindre l'étendue de cette règle, et limiter les dommages-intérêts. Or c'est précisément cette volonté dont on suppose l'existence tacite dans la plupart des contrats, par la raison qu'il n'est pas probable que les parties aient entendu se soumettre indistinctement à la réparation du préjudice causé par l'inexécution de la convention, quel que fût d'ailleurs le caractère et le degré de la faute commise.

Partant de cette donnée, l'Ecole, pour graduer la responsabilité, a fait une triple distinction des fautes et des contrats. Elle a divisé les fautes en fautes lourdes, en fautes légères, et en fautes très-légères. Elle a de plus distingué si le contrat était dans l'intérêt seulement de celui qui a commis la faute, dans l'intérêt de celui qui en a souffert, ou dans l'intérêt commun des deux parties.

Si le contrat est dans l'intérêt exclusif de celui qui a commis la faute, comme s'il a reçu un prêt gratuit, et qu'il ait laissé périr l'objet prêté, il répondra de sa faute même la plus légère.

Si le contrat était dans l'intérêt exclusif de l'autre contractant, comme s'il s'agit d'un dépositaire entre les mains de qui l'objet déposé a été endommagé ou soustrait, il ne répondra que de sa faute lourde.

Si, enfin, la convention était formée dans l'intérêt commun des deux parties (vente, louage, gage, etc.), chacune d'elles répondra de sa faute moyenne ou légère.

On a critiqué cette théorie, qui en effet ne peut pas être d'un grand secours dans la pratique, par l'impossibilité où l'on est de graduer les fautes et de fixer la limite précise entre la faute légère, la faute très-légère et la faute lourde. Cependant on ne peut se dissimuler qu'elle repose au fond sur une idée juste. Il est certain que l'intention des contractants a été de s'astreindre à une responsabilité plus ou moins grave, selon les cas, et que plus une convention est désintéressée de la part de l'un d'entre eux, moins on doit être sévère à son égard. Ce principe général est le seul que l'on puisse tracer au juge, en s'en rapportant à son équité pour statuer sur la responsabilité dans la variété infinie des faits.

Il faut observer toutefois que, quelle que soit la nature du contrat, l'homme doit apporter à la conservation de la chose d'autrui les mêmes soins qu'il apporte d'ordinaire dans l'administration de sa propre fortune. On ne peut en aucun cas supposer qu'il soit dans l'intention des parties de permettre à l'une d'elles de se relâcher du degré de diligence qui lui est habituel. Cette observation tend à constituer un certain niveau qui s'élèvera ou s'abaissera selon les individus, mais au-dessous duquel il y aura toujours responsabilité encourue.

Ajoutons enfin cette règle générale, que, l'homme

n'étant jamais tenu qu'à réparer le dommage causé, si la chose eût dû également périr chez son maître, il n'y a pas de responsabilité encourue, parce qu'il n'y a pas de dommage.

CHAPITRE XV.

Des Voies ouvertes pour l'exécution des engagements.

Au point de vue de l'exécution forcée des obligations, il importe de distinguer celles qui ont pour objet la dation d'un corps certain et déterminé, et celles qui consistent soit à donner un corps *in genere*, soit à faire ou à ne pas faire.

Les premières sont susceptibles d'être exécutées en nature malgré le débiteur. On comprend, en effet, que la force publique peut mettre le créancier en possession de la chose promise.

Quant aux autres, si le débiteur se refuse à les exécuter, nous avons dit qu'elles se résolvent nécessairement en une obligation subsidiaire de dommages-intérêts. Il nous reste à voir comment cette dernière obligation se réalisera au profit du créancier.

On peut concevoir deux modes d'exécution, l'un contre les biens, l'autre contre la personne.

De ces deux modes, le dernier est celui que les peuples primitifs paraissent avoir considéré comme

le plus naturel. L'histoire montre que partout on pratiqua non-seulement la contrainte par corps, qui n'est elle-même qu'un adoucissement dû à la civilisation, mais une voie d'exécution beaucoup plus brutale, qui consistait à réduire en esclavage le débiteur insolvable.

Tout débiteur répond de sa dette sur ses biens; sa personne est le premier de ses biens : donc le créancier peut saisir sa personne. Telle est la logique du sauvage.

Chez les Juifs, le débiteur était réduit en esclavage avec sa femme et ses enfants; et, quand les rabbins voulurent atténuer cette rigueur du droit mosaïque, ils soutinrent que cela ne devait s'entendre que du cas de vol [1].

Les Grecs, avant Solon, vendaient les débiteurs insolvables à des étrangers, qui les emmenaient sur des rives lointaines où ils restaient si long-temps qu'ils oubliaient la langue de leur patrie. Solon prohiba ces ventes, mais laissa subsister l'emprisonnement pour dettes [2].

Dans le droit romain le plus ancien, on croit qu'il n'existait aucun moyen d'atteindre directement les biens, et que le créancier n'avait d'autre ressource que de s'emparer de la personne de son débiteur, qu'il soumettait aux traitements les plus durs, afin de le décider à vendre volontairement

[1] Levit. XXV, 39. — Job XXIV, 9. — MICHAELIS, *Mosaisches Recht*, t. III, § 148.

[2] PLUTARQUE, *in Solon.*, § 24.

son patrimoine pour se racheter de la captivité. On sait combien il fallut de révoltes de la *plebs* pour faire abolir les duretés de l'ancienne *injectio manûs*.

Au moyen âge, au milieu de la seconde invasion de la barbarie, quand les populations étaient contraintes pour vivre de se réduire volontairement en servage, la servitude pour dettes redevint d'un usage fréquent, comme le témoignent les anciennes lois et les anciennes formules. Au XIIe siècle, nos coutumes, imitant la loi des décemvirs, réglaient encore la ration du débiteur et le poids des chaînes dont le créancier pouvait le charger en le faisant travailler dans son domicile.

Les lois russes, peu soucieuses de la liberté individuelle, ordonnaient, au XVIe siècle, que, pour toute dette excédant cent roubles, le débiteur fût fouetté pendant un mois sur la place publique, et qu'après ce délai il fût livré comme esclave à son créancier[1].

Le régime féodal, qui faisait prévaloir la propriété sur la personne, était défavorable à la saisie des biens. Aussi, en Angleterre, jusqu'à nos jours, le créancier était obligé de choisir entre le *writ of capias* pour exercer la contrainte par corps, et le *writ of elegit* pour exécuter les biens; et encore, dans ce dernier cas, ne pouvait-il saisir que la moitié du patrimoine de son débiteur, l'autre étant réservée à celui-ci pour le mettre à même de remplir

[1] Reutz, § 159.

le service du fief. Il est vrai que, depuis des siècles, il n'y a plus ni fief, ni service militaire qui en dépende ; mais le propre de la législation anglaise est souvent de raisonner d'après un état de choses disparu depuis cinq ou six cents ans [1].

Un fait ne peut être méconnu dans tout ceci. La contrainte par corps fut le mode d'exécution pratiqué par tous les peuples primitifs. A mesure qu'ils entrèrent dans la civilisation, elle trouva moins de faveur, et l'exécution sur les biens tendit à la remplacer.

Est-ce à dire pour cela qu'elle soit illégitime? Ne doit-elle pas plutôt être restreinte dans certaines limites? et quelles seront ces limites?

Les voies d'exécution contre les biens prennent leur source dans une convention tacite évidente, par laquelle le débiteur est censé avoir consenti à ce que tous ses biens servissent à désintéresser ses créanciers s'il n'exécutait pas ses obligations. Mais on ne saurait expliquer de la même manière la contrainte par corps, puisqu'un homme ne peut pas céder à un autre le droit de l'emprisonner, et que ce qu'il lui est impossible de faire expressément, il ne peut pas non plus le faire tacitement.

La contrainte par corps semble ne pouvoir être envisagée rationnellement que sous deux points de vue : ou bien elle est un moyen de torture morale

[1] Tomlins, v° *Writ of elegit.* — Un bill de 1838 a posé des principes plus raisonnables.

sur le débiteur pour le forcer à mettre au jour des ressources qu'il dissimule ; ou bien elle est une peine prononcée contre un délit ou un quasi-délit, peine qui, à la vérité, n'est pas appliquée par les tribunaux criminels, et qui ne donne pas lieu à l'action du ministère public, mais qui n'en est pas moins une peine civile résultant d'un délit purement civil.

Ces idées suffisent pour justifier le principe de la contrainte par corps, qu'on a fréquemment attaquée, qu'on a même supprimée à une certaine époque, mais que l'expérience a forcé de rétablir [1].

Il résulte, si je ne me trompe, des principes ci-dessus posés :

Que la contrainte par corps ne doit pas dépendre des stipulations privées, la liberté des parties n'étant pas une chose dont celles-ci aient la disposition;

Que le débiteur de bonne foi ne doit point y être soumis;

Qu'elle doit être prononcée, au contraire, pour tout fait ou pour toute imprudence nuisible, imputable à faute à celui qui en est l'auteur;

Qu'elle ne doit point être prononcée pour des sommes minimes, n'étant point probable alors que le débiteur dissimule ses ressources pour ne pas payer;

Qu'elle doit être, par la même raison, d'une du-

[1] Linguet, dans sa *Théorie des Lois civiles* (t. II, p. 392), s'éleva longuement contre la contrainte par corps, qui fut supprimée peu après, en 1792, et rétablie en 1797.

rée plus ou moins longue, selon l'importance des sommes dues;

Qu'enfin il serait peut-être bon de laisser aux tribunaux la faculté de la prononcer dans tous les cas, quand il leur paraîtrait évident que le débiteur cache à ses créanciers des valeurs avec lesquelles il pourrait les désintéresser.

CHAPITRE XVI.

De l'Extinction des Obligations.

L'obligation, une fois qu'elle a pris naissance, dure jusqu'à ce que l'une des circonstances suivantes en amène l'extinction.

1° Le *paiement* ou l'*exécution*. — Ces deux mots, synonymes en droit, quoique dans le langage habituel on n'entende par paiement que l'exécution des obligations consistant dans une somme d'argent, désignent le moyen le plus naturel d'éteindre un engagement, qui est de l'accomplir.

Si le paiement n'a été que partiel, il n'éteint l'obligation que pour partie, elle subsiste pour le surplus. Mais on s'est demandé si le débiteur a le droit de payer par parties, quand le créancier s'y oppose. La solution de cette difficulté paraît devoir être cherchée, comme toujours, dans l'intention commune des contractants: car il semble difficile de fonder sur le

droit naturel la règle admise, que dans aucun cas le débiteur ne peut s'acquitter pour partie sans le consentement du créancier.

Au surplus, en principe général, le paiement est un droit, non-seulement pour le créancier, mais aussi pour le débiteur, l'homme ayant un intérêt légitime à se décharger d'un fardeau qu'il ne s'est engagé à porter que pour un certain temps. La loi positive agit donc sagement en organisant ce qu'on appelle *la consignation*, moyen accordé au débiteur pour se libérer *nvito creditore*.

Mais il ne paraît pas logique d'accorder à un tiers le droit de payer une dette qui ne le concerne pas, *invito debitore et creditore* [1].

2° *La Perte de la Chose due.* — Plus généralement, il faudrait dire que l'impossibilité de remplir l'engagement en délie le débiteur, selon l'adage : *A l'impossible nul n'est tenu.* Ce dernier principe s'applique même aux obligations de faire : car je ne puis pas plus exécuter la promesse de réparer votre maison quand elle est brûlée, que je ne puis vous livrer un animal quand il est mort.

[1] Je dis que cela n'est pas logique : car, si l'on accorde au débiteur le droit de contraindre son créancier à recevoir la chose due, c'est à cause de l'intérêt qu'il peut avoir à payer maintenant afin d'éviter d'être poursuivi plus tard, intérêt qui n'existe pas dans la personne d'un tiers. En outre, celui qui paie pour autrui fait une libéralité à ce dernier. Or *invito beneficium non datur.* On ne voit donc pas sur quoi est fondée la loi positive qui donne à toute personne ce singulier droit, dont heureusement on ne se prévaut guère.

Pour que la perte de la chose opère l'extinction de l'obligation, il faut qu'elle soit arrivée sans le fait du débiteur, qui, autrement, resterait tenu, sinon en vertu du contrat, du moins par suite de son fait nuisible.

Quand le débiteur était en demeure de livrer, c'est-à-dire quand il avait laissé passer par sa faute le délai dans lequel la chose devait être payée, c'est un point embarrassant que de décider si la perte, même arrivée par cas fortuit, le dégage de son obligation. On peut en général alléguer en sa faveur que la perte serait arrivée de même chez le créancier. Mais celui-ci répondra de son côté que si la chose lui eût été livrée, il s'en serait peut-être défait avant la perte pour un prix dont le bénéfice lui resterait. La solution de cette difficulté dépendra de considérations de fait; on examinera si l'allégation du créancier est probable : car, au cas contraire, il ne lui serait rien dû, puisqu'il n'aurait pas éprouvé de préjudice.

Ce que nous venons de dire a trait à l'hypothèse où il s'agit d'une obligation unilatérale. On peut élever ici la question de savoir si, dans les contrats synallagmatiques qui font naître deux obligations réciproques, l'impossibilité où se trouve l'une des parties d'exécuter son engagement laisse subsister l'engagement de la partie adverse.

La négative nous paraît évidente. Il serait contraire à l'essence des conventions synallagmatiques que l'un des contractants demeurât dans les liens de son obligation lorsque l'autre se trouve dégagé de la

sienne. C'est ainsi que le prix n'est pas dû à l'ouvrier quand, par un cas fortuit, il devient impossible que l'œuvre soit exécutée.

S'il en est autrement dans les contrats translatifs de propriété, si, dans la vente par exemple, l'acheteur est tenu de payer le prix de la chose, bien qu'elle ait péri avant de lui avoir été livrée, la contradiction n'est qu'apparente. En effet, le prix avait été promis au vendeur uniquement pour qu'il mît l'acheteur à son lieu et place. L'obligation du vendeur, le transport de la propriété, ayant été exécutée, en vertu de la loi, au moment même du contrat, il est juste qu'à son tour l'acheteur accomplisse la sienne, c'est-à-dire qu'il effectue le paiement du prix, nonobstant les évènements qui peuvent survenir après la convention formée.

3° *La Remise.* — On entend par *remise* la déclaration par laquelle le créancier consent à tenir le débiteur quitte de son engagement. Lorsque cette déclaration a été acceptée par le débiteur, elle opère extinction irrévocable de l'obligation.

On pourrait même douter si l'acceptation est nécessaire. Comment, en effet, le créancier demeurerait-il, malgré lui, propriétaire de sa créance, quand il suffit de la volonté du maître pour lui faire perdre la propriété de sa chose?

Mais cette assimilation ne paraît pas exacte. En me dépouillant volontairement de la propriété d'une chose, je ne confère point d'avantage à une personne déterminée, tandis que je ne puis renoncer à ma

créance sans que le débiteur profite de ma renonciation. Dans toute remise de dette, il y a donc forcément une libéralité adressée au débiteur, puisque l'abandon de la créance réfléchit sur la personne obligée; et comme nul ne peut être contraint de recevoir un bienfait malgré lui, il en faut conclure que la libération du débiteur ne lui est acquise qu'autant qu'il a accepté. Jusque là le créancier pourrait rétracter sa déclaration de remise; et réciproquement, cette déclaration ne serait pas un obstacle à ce que le débiteur fît des offres de paiement suivies de consignation.

Ce qui s'appelle *remise* dans les obligations unilatérales, prend le nom de *résolution de contrat par dissentiment mutuel*, dans les contrats qui, tels que la vente, présupposent deux obligations corrélatives. Les parties, en convenant de remettre les choses au même état que si la convention n'avait pas été faite, se font respectivement remise de leur obligation. On remarquera cependant que, quand la chose a été transférée en propriété à l'acheteur, ce qui a lieu par le seul consentement toutes les fois qu'il s'agit d'un corps certain, la résolution du contrat serait plutôt une nouvelle vente qu'une extinction de la première [1].

[1] Cette remarque aurait son importance dans le cas où des charges réelles eussent grevé l'objet vendu entre les mains du premier acquéreur. C'est ainsi que les hypothèques qui l'auraient frappé à ce moment continueraient de subsister après la dissolution du contrat.

4° *La Novation.* — La novation ne diffère de la remise que parce qu'elle est à titre onéreux, tandis que la remise est à titre gratuit : car, du reste, ce n'est que la renonciation du créancier à son droit, moyennant une nouvelle obligation qui lui est consentie à la place de la première.

La novation peut se faire *mutato debito,* ou *mutato debitore,* ou *mutato creditore,* ou même en combinant ces diverses circonstances. A une certaine quantité de denrées que je vous dois, nous substituons une somme d'argent qu'un tiers consent à vous promettre : il y a là une novation *mutato debito* et *mutato debitore.*

On a demandé si la première obligation pourrait revivre dans le cas où celle qui lui a été substituée viendrait à être déclarée nulle. Rigoureusement parlant, ce qui n'existe plus ne peut pas renaître. Aussi, l'on ferait mieux de poser la question en ces termes : La novation ne doit-elle pas être considérée comme non avenue, si la seconde obligation ne produit pas de résultat? La solution roulera presque toujours sur une question d'erreur, qui rentre dans les principes généraux. Quand le créancier aura connu la cause de nullité de la seconde obligation, par exemple, s'il contractait sciemment avec un incapable, la novation sera valable, puisqu'il aurait pu faire une remise pure et simple. A-t-il ignoré, au contraire, la circonstance qui vicie le second engagement, on pourra supposer, selon les cas, qu'il n'a entendu renoncer au premier que sous la condition que le second lui profiterait.

La novation dégage les tiers qui avaient répondu de la dette, tels que les fidéjusseurs, puisque l'obligation qu'ils avaient garantie a cessé d'exister. Toutefois, rien ne s'oppose à ce que l'on ne fasse la novation que sous la condition qu'ils accèderont au second engagement; et même cette condition résulterait suffisamment de la clause par laquelle le créancier se réserverait ses droits contre eux.

5° *Le Terme* ad quem. — C'est-à-dire que si l'obligation n'avait été contractée que pour un certain temps (par exemple une rente qui devait être payée pendant la vie de telle personne), elle prendrait fin par l'échéance du jour ou de l'évènement indiqué.

6° *La Condition résolutoire.* — De même, quand les parties sont convenues que l'obligation cesserait en cas que tel fait, futur et possible, se réalisât, l'évènement de cette condition, qu'on appelle résolutoire, éteint l'obligation.

7° *Le Manquement de l'une des Parties à son Engagement.* — Dans les contrats synallagmatiques, rien n'est plus juste que de déclarer le contrat résolu quand l'un des promettants ne tient pas ce à quoi il s'était engagé. Cette annullation est fondée sur une condition résolutoire tacite, mais qui était certainement *in mente contrahentium*, par laquelle chacun d'eux est censé n'avoir promis que si l'autre remplissait son obligation. Ainsi, dans la vente, il est de toute justice que le vendeur ne soit pas tenu de livrer, et même qu'il puisse reprendre la chose vendue, quand l'acheteur ne paie pas le prix.

8° *La Prescription.*— La prescription est aussi un mode d'extinction des obligations. Il semblerait donc que ce fût ici le lieu d'en traiter sous ce point de vue. Mais, par le motif que nous avons expliqué *supra*, page 260, nous avons fait de la prescription en général l'objet d'un chapitre particulier[1].

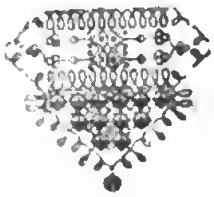
9° *La Mort de l'un des Contractants.*— C'est une doctrine généralement admise aujourd'hui, que, de droit naturel, les obligations demeurent éteintes, soit par la mort du créancier, soit par celle du débiteur. Ce système se fonde sur le raisonnement suivant : d'une part, l'obligation personnelle est un simple lien de droit qui ne touche aucune chose déterminée, et ne peut subsister dès-lors sans deux personnes, l'une qui possède le droit, et l'autre qui en soit tenue. D'un autre côté, les successions n'existent point de droit naturel. Ce n'est donc que par la puissance d'une fiction légale que l'héritier entre dans la place de son auteur, pour continuer ses créances et ses obligations.

J'ai déjà dit ailleurs ce que je pensais de cette opinion, qui ne me semble pas entièrement exacte. Et d'abord, quant au débiteur, il a concédé tacitement au créancier un droit de gage imparfait sur tous ses biens, qui donne à celui-ci le pouvoir de les saisir en cas de non-paiement, droit conditionnel susceptible de se réaliser après la mort du débiteur comme pendant sa vie. Quoi de plus naturel, en effet, que

[1] V. le chapitre qui termine ce volume.

d'admettre le créancier à s'emparer du patrimoine vacant de son débiteur, à l'exclusion de tous autres ? L'héritier détenteur de ce patrimoine doit donc être tenu d'acquitter les dettes qui le grèvent. Seulement, comme il n'y est obligé qu'en sa qualité de détenteur, il en faut conclure qu'il n'est tenu naturellement qu'*intra vires hæreditatis*, et que, pour le surplus, il ne l'est qu'en vertu d'une fiction au moins très-rigoureuse.

Si l'on suppose, maintenant, que c'est le créancier qui est mort, il paraît plus difficile d'expliquer comment sa créance passerait à une autre personne. Cependant, si l'on réfléchit qu'il peut céder cette créance contractuellement, qu'il peut par conséquent la léguer; si l'on se rappelle que les successions légitimes ne sont fondées que sur la présomption de volonté du défunt, on se convaincra que l'héritier succède à la créance de la même manière que si elle lui avait été vendue ou donnée. Cela est d'ailleurs d'autant plus juste, que l'intention du débiteur, en s'obligeant, n'est pas d'être libéré par la mort du créancier.



LIVRE CINQUIÈME.

DES DIVERSES ESPÈCES DE CONTRATS.

Digitized by Google

SOMMAIRE DU LIVRE CINQUIÈME.

Contrats translatifs de la propriété : vente, échange, partage, donation, prêt de consommation. — Contrats translatifs de l'usage ou de la possession : louage, commodat, dépôt. — Contrats portant sur des faits : louage d'ouvrage, mandat. — Contrats pouvant porter sur la propriété, l'usage ou les faits : société, contrat de mariage, transaction, compromis. — Contrats de garantie : cautionnement, gage, hypothèque, assurances. — Contrats innommés.

CHAPITRE PREMIER.

Divisions générales des Contrats.

Beaucoup de conventions n'ont pas reçu de nom spécial. D'autres, au contraire, qui se représentaient plus souvent, ont attiré par leur fréquence même l'attention des jurisconsultes, qui les ont dénommées et qui en ont fixé les règles.

Ils les ont distribuées en plusieurs groupes, d'après les caractères généraux qu'elles présentaient; et c'est ainsi qu'ils ont distingué :

Les contrats *unilatéraux*, dans lesquels une seule des parties contracte un engagement envers l'autre;

Les contrats *synallagmatiques*, dans lesquels les deux parties s'obligent à une prestation réciproque;

Les contrats *commutatifs*, qui sont intéressés des

deux parts, et où, par conséquent, l'un ne promet que parce qu'il a déjà reçu ou doit recevoir de l'autre un équivalent;

Les contrats *de bienfaisance*, où l'un donne ou promet à l'autre sans autre cause que le désir de l'avantager;

Les contrats *aléatoires*, dans lesquels la cause et l'objet de l'obligation de chacune des parties consistent dans une chance de gain subordonnée à des évènements de pur hasard : tel est l'achat d'un usufruit ou la constitution d'une rente viagère;

Les contrats *principaux*, qui existent par eux-mêmes, sans le secours d'aucun autre;

Les contrats *accessoires*, tels que le cautionnement et l'hypothèque, qui ne peuvent qu'adhérer à une autre obligation qu'elles ont pour objet de garantir;

Les contrats *consensuels*, qui obligent par le seul consentement, sans aucun fait ultérieur, tels que la vente ou la transaction;

Les contrats *réels*, qui, à l'exemple du dépôt, ne peuvent exister que par la remise d'une chose.

Toutes ces distinctions, auxquelles il serait facile d'en ajouter d'autres encore, peuvent avoir leur côté utile. Mais elles ne sauraient servir à classer les contrats, par cette raison surtout, que plusieurs d'entre eux, d'après les circonstances dans lesquelles ils interviennent, sont susceptibles de revêtir tour-à-tour l'un ou l'autre des caractères énoncés plus haut. Ainsi, un cautionnement peut être, suivant les cas, un contrat à titre onéreux ou un contrat de bien-

faisance; j'en dis autant du prêt. La vente est tantôt aléatoire, et tantôt elle ne l'est pas.

J'ai cru devoir adopter ici une autre classification qui m'a semblé plus claire et plus méthodique, en divisant les contrats dans les cinq groupes qui suivent, d'après l'objet même qui en forme la matière :

1° *Contrats translatifs de la propriété :* vente, échange, partage, donation, prêt de consommation;

2° *Contrats translatifs de l'usage ou de la possession :* louage, commodat ou prêt à usage, dépôt;

3° *Contrats portant sur des faits :* louage d'ouvrage, mandat;

4° *Contrats communs, ou pouvant porter indifféremment sur la propriété, l'usage ou les faits :* société, contrat de mariage, transaction, compromis;

5° *Contrats de garantie :* cautionnement, gage, hypothèque, auxquels on peut joindre les contrats d'assurances.

C'est dans l'ordre qui précède que nous allons examiner le but et les effets des divers contrats dont nous venons de donner l'énumération.

CHAPITRE II.

De la Vente.

De tous les contrats, le plus fréquent est la vente, par laquelle l'une des parties cède à l'autre une certaine chose moyennant un certain prix.

Res, pretium, consensus, telles sont les trois conditions essentielles que l'on a toujours exigées pour former ce contrat. Inutile de parler ici du *consentement*, qui doit être donné comme dans toutes les conventions et suivant les mêmes règles. On remarquera, quant aux deux autres conditions :

Que *la chose* doit être dans le commerce, c'est-à-dire susceptible d'entrer dans le domaine privé; qu'elle doit exister, et que par conséquent, si elle était détruite à l'insu des parties au moment du contrat, il n'y aurait pas vente valable; qu'elle doit régulièrement appartenir au vendeur, pour qu'il puisse en transférer la propriété; qu'à défaut de ces circonstances, il n'y a proprement pas de vente, mais que cependant l'acheteur peut obtenir des dommages-intérêts, suivant les cas, contre le vendeur, s'il y a eu dol ou erreur imputable à ce dernier;

Que *le prix* doit consister en argent, afin de distinguer la vente de l'échange; que par *argent* on doit entendre toute chose dont la seule destination est de servir d'intermédiaire aux échanges; que ce prix doit être fixé par les parties; qu'elles peuvent cependant en laisser la fixation à l'arbitrage d'un tiers nommément désigné, mais que dans ce cas il n'y a vente que si ce tiers peut et veut se charger de cette fixation.

Après avoir déterminé les conditions essentielles de la vente, nous devons examiner quelques-uns des points importants qui touchent à la nature de ce contrat.

§ I.

Des Obligations qui naissent de la Vente.

Les obligations dérivant de la vente concernent, soit le vendeur, soit l'acheteur.

Obligations du Vendeur.—Il doit d'abord livrer la chose promise, à l'époque et au lieu convenus; il doit même en transporter la propriété à l'acheteur. Mais son obligation ne se borne pas au fait de la livraison; il doit de plus la garantie, qui l'astreint à des dommages-intérêts dans trois cas distincts : 1° à raison des évictions, si le trouble apporté à la possession de l'acheteur provient d'un défaut de droit dans la personne du vendeur; 2° à raison des vices redhibitoires, et l'on appelle de ce nom tous les vices secrets de la chose qui la rendent impropre à l'usage auquel elle est destinée; 3° à raison du défaut de contenance, si le vendeur a énoncé que le fonds vendu avait une certaine étendue qu'il n'a pas.

Obligations de l'Acheteur. —L'acheteur doit payer le prix convenu. Il est même très-équitable de le condamner à payer les intérêts de ce prix, à compter de l'entrée en jouissance, soit que la chose produise des fruits, soit qu'elle n'en produise pas : car il a toujours eu, à partir de cette époque, l'usage, ou utile, ou purement voluptuaire, attaché à la possession de la chose; et il n'est pas juste qu'il profite

tout à la fois et de cet usage, et de celui du prix qu'il n'a pas encore payé.

Il est également tenu de recevoir la livraison de la chose; s'il s'y refusait, le vendeur, qui en serait embarrassé, pourrait faire déterminer par la Justice un lieu où elle serait déposée à ses risques et périls.

§ II.

Des Promesses de Vente.

Les promesses de vente, sur l'effet desquelles on a vivement disputé, sont de diverses espèces, suivant que les parties sont convenues du prix, ou qu'elles n'en sont pas convenues, et suivant aussi qu'il s'agit d'une promesse réciproque ou d'une simple promesse unilatérale.

Quand aucun prix n'a été fixé, mais que les parties se sont seulement promis de vendre et d'acheter, en disant qu'elles s'entendraient à l'amiable sur le prix, on ne peut pas tenir compte en droit d'un pareil pacte. A peine en résulterait-il pour le vendeur un devoir de conscience de chercher à s'arranger avec l'acheteur avant de traiter avec d'autres.

Si, au contraire, le vendeur a dit: Je vous promets de vous vendre ma maison pour mille francs, et que, de son côté, l'acheteur ait répondu: Je vous promets de l'acheter pour mille francs, l'analyse la plus subtile ne peut signaler aucune différence entre cette

convention et une vente, à moins qu'on n'ait renvoyé l'effet du contrat à une époque future; et encore, dans ce cas-là même, cette époque ne serait qu'un terme apposé pour en différer l'exécution [1].

Tout cela dans la supposition que les deux contractants se sont promis réciproquement de vendre et d'acheter. Que si l'un d'eux avait simplement promis de vendre à telle époque, pour un prix déterminé, l'autre acceptant cette promesse, mais se réservant son libre arbitre, il devient plus difficile de saisir la véritable nature de la convention.

On ne doit pas douter d'abord qu'elle ne soit obligatoire pour celui qui a promis : car sa promesse a été acceptée par l'autre partie, en tant que promesse unilatérale. Il peut être avantageux de se ménager la possibilité d'acheter à un jour dit, sans se lier dès à présent : pourquoi la loi s'y opposerait-elle?

La difficulté porte donc sur un seul point, à savoir, ce qui arrivera si le vendeur se refuse plus tard à exécuter sa promesse, ou bien s'il vend la chose à un tiers avant le jour fixé. Celui qui a reçu la promesse pourra-t-il se faire remettre la chose elle-même? ou

[1] Notre Code civil a décidé avec raison que *la promesse de vente vaut vente* quand il y a consentement sur la chose et sur le prix (art. 1589). Cynus de Pistoie, qui fut jurisconsulte et poète, et qui eut pour élèves Bartole et Pétrarque, prétend, dans ses leçons sur le Digeste, que promettre de vendre n'est pas vendre, pas plus que promettre de monter sur un arbre n'est monter sur un arbre. Mais il est facile de répondre que si la promesse n'équivaut pas au fait dans les choses de fait, il en est autrement dans les choses qui résultent de la simple volonté, comme les contrats.

bien n'aura-t-il droit qu'à des dommages-intérêts? Cette question sera tranchée dans un sens ou dans un autre, suivant que l'on voudra voir dans un pareil engagement une obligation de faire, se résolvant en dommages-intérêts, ou que l'on y apercevra au contraire une véritable vente conditionnelle. Ce dernier point de vue paraît le plus logique, la promesse de vendre n'étant autre chose, dans le fond, qu'une vente actuelle faite sous la condition *si volueris*. La condition potestative, qui annulle l'engagement quand elle existe dans la personne du débiteur, ne l'annulle pas quand elle réside dans la personne du créancier. On peut vendre valablement à Pierre, s'il vient se fixer dans telle ville; on le peut également sous la condition qu'il voudra se prévaloir de la vente dans un délai déterminé [1].

§ III.

Du Pacte de Réméré.

La vente *à réméré* est celle par laquelle le vendeur se réserve le droit de rentrer dans la chose vendue,

[1] Il est d'usage, dans certains cas, d'ajouter à la promesse d'acheter ce qu'on appelle des *arrhes*, c'est-à-dire une certaine somme payée au vendeur à titre d'à-compte. Ces arrhes ne touchent en rien au droit naturel. Elles n'ont d'effet que celui qu'y attache la volonté tacite des contractants, qu'on interprètera d'après l'usage des lieux. Généralement, les arrhes se donnent pour réserver à chacune des parties le droit de se dédire jusqu'à la livraison de la chose, l'acheteur perdant ses arrhes, le vendeur les restituant au double.

en remboursant à l'acheteur le prix stipulé au contrat.

En analysant cette clause, on voit qu'elle ne confère à l'acheteur qu'un droit résoluble sous une condition; ou, plus exactement, elle le place dans la même position que s'il avait fait une promesse unilatérale de vente. C'est comme s'il avait dit à celui dont il tient la chose : Je promets de vous vendre telle chose, moyennant tel prix, *si volueris*. Et en effet, il dépend de la volonté du vendeur de se prévaloir de cette promesse ou de ne pas s'en prévaloir.

Quand il s'en prévaut, il reprend la chose franche de toute charge ou aliénation consentie par l'acheteur, d'après la maxime *Resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis.*

Naturellement la faculté de rachat peut être réservée pour un temps illimité; ou du moins cette faculté n'est soumise, quant à sa durée, qu'aux règles générales sur la prescription des autres créances contractuelles. Mais on conçoit que la loi positive renferme ce droit dans des limites plus restreintes, à cause du danger qui en résulte pour les tiers acquéreurs, et aussi à cause de l'espèce d'interdit qu'il fait planer sur les propriétés; personne ne se souciant ni d'acheter, ni de faire des améliorations, tant qu'une dépossession peut être à craindre.

§ IV.

De la Lésion.

Il est difficile de fonder sur la raison naturelle la nullité de la vente pour cause de lésion : car on ne peut dire que l'égalité soit de l'essence de ce contrat. Chacun est libre de faire sa condition la meilleure possible, pourvu qu'il n'emploie pas la tromperie. Il plaisait à ce Romain de donner trois mille drachmes de la lampe de terre d'Epictète; il plaît à ce Hollandais d'acheter un oignon de tulipe pour vingt fois son poids d'or : personne n'a jamais cru ces conventions contraires au droit naturel, quoique l'égalité n'y soit pas observée.

Aussi pendant long-temps la jurisprudence ignora complètement la rescision de la vente pour cause de lésion [1].

De nos jours cependant la loi l'admet avec des restrictions qui, à la vérité, la rendent fort rare : car l'action n'est accordée qu'au vendeur seul, en matière immobilière, et lorsqu'il est lésé des sept douzièmes du juste prix [2]. Cette disposition n'a pas pour motif une égalité qui, nous venons de le dire, n'est point de l'essence des contrats à titre

[1] C'est Dioclétien qui la consacra le premier par un rescrit qui forme la loi 2 au Code, *de rescindenda Venditione*.

[2] Code civil, art. 1674.

onéreux ; mais on peut la justifier en envisageant la grande disproportion du prix à la valeur réelle de la chose comme une présomption légale d'erreur. Et même cette raison toute seule ne suffirait pas, l'erreur du vendeur n'étant point entièrement excusable, puisqu'il devait connaître ce que valait son bien. Il faut ajouter cette autre présomption, à laquelle la vileté du prix donne de la force, qu'il n'a pas eu la liberté de son consentement, pressé qu'il était par le besoin. La loi suppose qu'il peut dire, comme ce personnage de Shakspeare, que *c'est sa pauvreté, et non sa volonté, qui a vendu* [1].

On s'explique par-là comment l'acheteur n'a pas l'action, quand même il éprouverait la lésion la plus énorme : c'est qu'un homme n'est jamais forcé d'acheter, comme il peut être forcé de vendre. Il ne pourrait se plaindre qu'autant qu'il aurait été amené à payer la chose au-delà de sa valeur, par un dol de son adversaire [2].

Mais on a peine à justifier par une bonne raison

[1] L'apothicaire qui vend du poison à Roméo malgré la loi qui le défend sous peine de mort, s'excuse en lui disant :

My poverty, and not my will, consents.

Rom. and. Jul., act. v, sc. 1.

[2] Portalis insistait, au Conseil d'Etat, pour qu'on accordât le bénéfice de la lésion à l'acheteur comme au vendeur, opinion qui était celle de Voët, de Fachineus, de Dumoulin et de Pothier. Bonaparte soutint l'avis contraire, par le motif que nous avons donné, et cet avis passa. C'était, du reste, ce qu'avait dit avant lui Cujas, dont il n'avait certainement pas lu les œuvres.

la différence établie entre le vendeur d'objets mobiliers et le vendeur d'immeubles. Dire que les objets mobiliers ont moins de valeur en général, n'est point une raison adéquate, puisqu'il peut être question dans certains cas de sommes considérables, et que d'ailleurs la justice d'une prétention ne dépend pas de sa quotité.

Il serait peut-être à souhaiter que la loi eût supprimé cette action, en n'ouvrant aux parties que l'action de dol ou d'erreur. Mais, puisqu'elle l'a consacrée, il reste à déterminer d'après quelles bases on fixera la valeur réelle de la chose pour connaître s'il y a eu lésion.

Les auteurs ont singulièrement obscurci cette question, à commencer par Puffendorff, qui a distingué le prix commun, intrinsèque, virtuel, éminent, propre, légitime, d'inclination et d'affection, dans un immense chapitre où il est parlé d'André Morosini, de Nicéphore Phocas, et des habitants de la province de Caniclu [1].

D'après les uns, le prix doit se baser sur l'utilité ou le plaisir que la chose peut produire; mais l'utilité ou le plaisir sont trop sujets à varier suivant les goûts du possesseur, pour qu'on puisse les prendre pour éléments d'estimation.

D'après les autres, le prix d'un objet n'est que la représentation du travail employé pour le produire: en sorte que, quand je donne vingt francs d'un cha-

[1] Puffendorff, liv. v, ch. I.

peau, c'est la preuve qu'il a fallu exactement autant de travail pour créer ce chapeau que pour créer la pièce de vingt francs. Cela s'appliquerait mieux toutefois aux marchandises qu'aux immeubles; et, d'ailleurs, il n'y en a pas moins des choses qui ont une grande valeur, quoiqu'elles aient été produites sans travail, par exemple, une pierre précieuse qu'on trouve par hasard au bord de la mer.

On ne peut guère dire non plus que la valeur des choses consiste dans le prix qu'il en coûterait pour se procurer une chose pareille. Outre que cela ressemble à une pétition de principe, il y a des choses presque uniques, pour lesquelles il n'y a pas de prix courant.

Quoi qu'il en soit, s'il est difficile de trouver une formule philosophique propre à déterminer le prix intrinsèque des choses, il est possible du moins d'arriver à une estimation raisonnable dans la plupart des cas, ce qui suffit aux nécessités pratiques. Ainsi, sans nous embarrasser dans des subtilités plus curieuses qu'utiles, nous pouvons dire que, pour tout ce qui est marchandise, la valeur en sera naturellement déterminée par le prix courant du marché. Quant aux immeubles, outre cet élément qui ne sera pas non plus sans influence, on se basera aussi sur le produit capitalisé d'après l'usage des lieux. Il ne restera donc guère d'incertitude que pour les objets rares, dans lesquels il entre du caprice, tels que les antiquités, les choses d'art, celles qui ont appartenu à des hommes célèbres, que nous voyons hausser ou baisser

rapidement de valeur, suivant qu'elles sont de mode ou qu'elles n'en sont pas. Il y aura toujours du vague dans l'estimation de ces sortes de choses, en dépit de toutes les règles. Heureusement ce sont des cas exceptionnels.

CHAPITRE III.

De l'Échange.

L'échange est le frère aîné du contrat de vente, qui n'a pu prendre naissance qu'après l'invention de la monnaie; mais, ce signe représentatif des valeurs une fois trouvé, l'échange, qui avait commencé par être l'unique instrument du commerce, fut relégué sur le second plan, par la même raison qui fit abandonner l'usage des manuscrits après la découverte de l'imprimerie.

L'échange est un contrat par lequel chacun des copermutants donne ou promet une chose en retour d'une autre qui lui est semblablement donnée ou promise.

Le contrat peut porter sur toute espèce de choses, quelle qu'en soit la nature, pourvu que les contractants en aient la disposition. Un meuble peut être échangé contre un immeuble, une chose corporelle contre une chose incorporelle, sans autre règle que la volonté des parties [1].

[1] La loi anglaise, toujours si peu logique, ne permet d'é-

Dans le droit naturel, il n'existe que bien peu de différence entre l'échange et la vente; et même la différence qu'on signale, résultant de ce qu'il y a prix en argent dans la vente, est plutôt une différence de convention qu'une différence de réalité. Rationnellement parlant, toutes les règles qui s'appliquent à l'un de ces contrats doivent également s'appliquer à l'autre. Aussi a-t-on peine à concevoir les longues controverses des jurisconsultes romains pour savoir si l'échange différait de la vente, ou plutôt si, dans la vente, on pouvait faire consister le prix dans autre chose que de l'argent monnayé [1].

changer que des propriétés de même nature, des immeubles contre des immeubles, un *fee-simple* contre un *fee-simple*, un bail de vingt ans contre un bail de vingt ans. BLACKSTONE, liv. II, ch. 20, n° 5. C'est à peu près aussi raisonnable que si l'on disait à celui qui veut échanger son cheval, parce qu'il n'en a pas besoin : Tu ne pourras l'échanger que contre un autre cheval. — Quant au Code russe, pourquoi défend-il complètement l'échange des immeubles? Il y a là quelque idée politique que je n'ai pas saisie. V. Code russe, art. 850.

[1] Les Sabiniens et les Proculiens, en désaccord sur ce point, défendaient chacun de leur côté leur opinion par des vers d'Homère : étrange argument, qui faisait dire à Antoine Favre qu'ils l'employaient faute de meilleurs. V. *Instit. Just.*, *de Empt.-Vend.*, § 1. La question ne pouvait, du reste, avoir d'intérêt chez les Romains qu'à cause des différences purement arbitraires qu'ils établissaient entre ces deux conventions, notamment en ce que la vente était un *contrat*, et l'échange un simple *pacte*, qui, par conséquent, ne produisait pas d'action en justice. Quant aux arguments tirés d'Homère, notre célèbre premier président Achille de Harlay n'en eût pas ri, lui qui terminait une de ses mercuriales par ces mots : « Procureur, l'Homère vous apprendra votre devoir dans son admirable Iliade, liv. 10. »

Il n'appartient qu'au droit positif de mettre tant de distance entre des choses qui se touchent; et c'est ainsi qu'encore à présent, dans notre droit, l'échangiste n'a pas le bénéfice de la restitution pour cause de lésion, ni le privilége accordé au vendeur sur la chose vendue.

CHAPITRE IV.

Du Partage.

Le partage est le contrat par lequel deux ou plusieurs copropriétaires sortent de l'indivision, en substituant une part divise à la part indivise que chacun possédait auparavant.

Ce contrat, lorsqu'on l'analyse, se résout dans un échange, chacun des partageants abandonnant aux autres son droit de communauté sur toutes les parties de l'objet à partager, moyennant une part divise dont il jouira en propre.

Il contient manifestement un transport de propriété, puisque avant le partage, tous avaient un droit indivis sur la part qui m'est échue, et qu'après, cette part n'appartient plus qu'à moi seul. Les législations qui réputent le partage *déclaratif* et non *translatif* de propriété, ne font que consacrer une de ces fictions dont il serait à désirer que la science fût entièrement purgée [1].

[1] Notre Code civil consacre cette fiction en ces termes : « Cha-

Le partage emportant aliénation, il faudra en général, pour le faire, la même capacité que pour aliéner. Cependant, de même que la vente est moins dangereuse que la donation, de même aussi le partage est moins périlleux que la vente, puisqu'il remplace la propriété à laquelle on renonce par une propriété équivalente, et même plus avantageuse en ce qu'elle est divise. On conçoit par-là que la loi puisse permettre ce contrat à des personnes qui ne pourraient pas vendre ou donner, telles que les prodigues et les mineurs.

Mais il ne faut pas confondre avec le partage la licitation[1], par laquelle les ayants-droit conviennent, surtout lorsque l'objet est impartageable, de l'adjuger à celui qui en offrira le plus haut prix, sauf à répartir ce prix entre eux suivant la proportion de l'intérêt qu'ils avaient dans la chose. La licitation est au partage ce que la vente est à l'échange.

que cohéritier est *censé* avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession » (art. 883). Le but de cette fiction, qu'inventèrent nos Parlements au XVIe siècle, était de faire évanouir les hypothèques ou les servitudes constituées par l'un des héritiers, avant le partage, sur tous les biens qui ne tombaient pas dans son lot. Ce but était louable; mais il aurait beaucoup mieux valu dire nettement que toutes les charges consenties par l'un des copropriétaires seraient sans effet sur les lots échus aux autres. On aurait évité par-là ce qui est l'écueil de toutes les fictions, le danger de les généraliser mal à propos, en les appliquant à mille cas pour lesquels elles n'ont pas été faites.

[1] Du mot latin *liceri*, surenchérir.

Ceux qui procèdent à un partage n'ayant aucune intention de faire un acte de commerce et de bénéficier, mais seulement de sortir de l'indivision, l'on conçoit facilement que la lésion puisse être une cause de nullité dans ce contrat plutôt que dans les autres. Si elle est un peu considérable, il y a la plus grande présomption que les parties n'ont consenti que par erreur, d'autant plus qu'il est impossible qu'elles aient mis à la chose un prix d'affection, lorsque les lots ont été tirés au sort[1].

Rien ne s'oppose, en raison, à la validité du pacte par lequel plusieurs copropriétaires conviendraient de ne point partager l'objet qu'ils possèdent en commun. Mais la loi positive fera bien de proscrire ce pacte comme dangereux; et je l'appelle dangereux parce qu'il est de nature à produire beaucoup de mal et très-peu de bien. L'état d'indivision est un état stationnaire, où le *veto* de chaque maître tombe comme l'instrument à enrayer sur les projets d'amélioration de tous les autres. De là les contrariétés, les haines, aussi fatales au bien des propriétés qu'à l'accord des personnes. Il faudra donc ou prohiber une pareille convention, ou ne lui accorder de validité que pour un délai très-court.

[1] Presque tous les législateurs ont admis avec raison cette cause de nullité: chez nous, elle est ouverte à celui qui éprouve une lésion de plus du quart. (Cod. civ., art. 887.)

CHAPITRE V.

De la Donation.

La donation est un contrat par lequel le donateur transporte ou promet au donataire la propriété d'une certaine chose à titre gratuit.

Ce contrat, dérivant du droit naturel comme la vente, est en usage chez tous les peuples. L'aumône est la plus usuelle des donations.

Puisque la donation est un contrat, elle ne résulte que du concours des volontés, et par conséquent elle suppose l'acceptation du donataire. Tant que cette acceptation n'est pas intervenue, il n'y a qu'une pollicitation que le donateur peut rétracter.

Kant a nié que, de droit naturel, il naisse de ce contrat aucune action pour contraindre le donateur à livrer ce qu'il a promis [1]. On ne voit pas sur quoi repose cette opinion, puisque l'homme peut s'obliger par sa seule volonté à tout ce qui est raisonnable, sans qu'il y ait nulle raison de distinguer entre les contrats à titre onéreux ou à titre gratuit. Pour qu'il lui fût permis de se dédire, il faudrait supposer qu'il n'a pas parlé sérieusement, ce que l'on ne doit point présumer.

La loi positive peut prendre des mesures pour restreindre la liberté de donner, par intérêt pour les

[1] Kant, *Metaphysik der Sitten*, § 38.

familles ; elle peut aussi soumettre les donations à certaines formes, afin de s'assurer qu'elles sont sincères, et que le donateur agit en liberté d'esprit. Mais ces mesures dégénèrent presque en puérilité, si elle exige, par exemple, que le donataire ait fait écrire son acceptation dans l'acte, à peine de nullité, comme si sa signature ne suffisait pas.

De même, la maxime *Donner et retenir ne vaut,* qui défend de donner sous une condition potestative, est un vestige inintelligent du passé, qui ne peut tarder à disparaître : il n'y a pas de raison pour qu'on ne puisse pas donner, comme on peut vendre, sous condition potestative.

§ I.

Des diverses Espèces de Donations.

La donation la plus ordinaire, celle dont on entend parler quand on ne la caractérise pas autrement, est la donation entre vifs, par laquelle le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement. Mais il y a en outre diverses espèces de libéralités dont je dois dire quelques mots.

1° *Donations à cause de Mort.*—Le caractère distinctif de cette donation est que le donateur se réserve de pouvoir la révoquer jusqu'à sa mort, qui seule lui imprime un caractère définitif. On la considère aussi comme révoquée de plein droit par le prédécès du donataire.—Nos lois ont prohibé la donation à cause

de mort, sans qu'on puisse bien justifier cette sévérité, puisque les legs, qui lui sont presque en tout comparables, restent permis.

2° *Dots.* — Ce sont des espèces de donations apportées au mari par sa femme, ou par un tiers pour elle, afin de l'aider à soutenir les charges du ménage. La loi positive règle diversement les droits du mari sur la dot, les cas où il la restitue et ceux où il la gagne, et les sûretés qu'il doit donner pour garantie de sa restitution.

3° *Donations en faveur de Mariage.* — Elles sont faites ou par l'un des époux à l'autre, ou par un étranger aux époux, sous la condition que le mariage s'ensuivra. Elles diffèrent des dots, en ce qu'elles ont moins pour but de subvenir aux besoins du ménage que d'inviter l'un des conjoints à contracter mariage par l'appât d'un avantage personnel. Ces sortes de dons revêtirent plusieurs formes, selon les époques, sous le nom de *donatio propter nuptias, dotalitium, Morgengabe, antefactum*[1], etc.; tantôt laissés à la libre volonté des parties, tantôt forcés de la part du mari, et alors ils étaient considérés comme un sort fait à la femme pour le cas de viduité ou de répudiation, afin de l'indemniser, pour ainsi dire, de la détérioration qu'elle avait éprouvée dans sa personne[2]. Souvent aussi la loi, veillant à la conserva-

[1] Laboulaye, *Recherches sur la Condition civile des Femmes*, p. 125 et suiv.

[2] Cela est si vrai, qu'en général le don n'était imposé au mari que s'il épousait une fille, et non pas s'il épousait une veuve.

tion des biens dans les familles, et se défiant de la libéralité passionnée du fiancé, mettait une limite au don du matin qu'il devait faire à sa nouvelle épouse. La loi des Wisigoths lui défendait de donner plus du dixième de ses biens [1].

4° *Dons de secondes Noces.* — Les artifices des marâtres sont célèbres; l'injuste oubli des parents remariés pour les enfants d'un premier lit est un fait déjà déploré par Homère [2]. Aussi la loi tient en suspicion les donations en faveur des secondes noces, en les restreignant dans des bornes plus étroites que toutes les autres.

5° *Donations entre Epoux.* — Ce que je viens de dire s'applique aux dons faits en considération d'un mariage futur. Si le mariage est déjà formé, les donations que les époux peuvent se faire ont toujours été vues de mauvais œil, comme suspectes de défaut de liberté. On peut craindre les obsessions, les abus de

[1] Montesquieu (*Esprit des Lois*, l. xix, ch. 25) explique cette loi par la jactance espagnole, à laquelle il fallait mettre des limites. On retrouve cependant des limitations semblables dans la loi lombarde de Luitprand, dans celle des Alemans, dans le *Rechtsbuch* de Louis de Bavière, et chez beaucoup d'autres à qui l'on ne pouvait reprocher ce défaut du caractère espagnol.

[2] Minerve conseille en ces termes à Télémaque de retourner près de sa mère, qui l'oublierait pour les fruits d'une nouvelle union :

Οἶσθα γὰρ οἷος θυμὸς ἐνὶ στήθεσσι γυναικός·
Κείνου βούλεται οἶκον ὀφέλλειν, ὅς κεν ὀπυίοι,
Παίδων δὲ προτέρων καὶ κουριδίοιο φίλοιο
Οὐκέτι μέμνηται τεθνηότος, οὐδὲ μεταλλᾷ.

Odyssée, ch. xv.

pouvoir, les repentirs tardifs. Aussi ont-elles été tour-à-tour ou tout-à-fait défendues, ou soumises à des restrictions. Aujourd'hui ces sortes de libéralités sont permises, mais elles sont révocables en tout état de cause par le donateur; en sorte qu'elles représentent dans notre droit le dernier vestige des donations à cause de mort.

6° *Démissions de Biens.*— On donne ce nom à l'acte par lequel un ascendant partage d'avance ses biens entre ses descendants, comme par une ouverture anticipée de sa succession, circonstance qui imprime à cette donation un caractère mixte, emprunté en partie à celui des dons entre vifs, et en partie à celui des partages successoraux.

§ II.

Des Causes de Résolution des Donations.

Les donations entre vifs ne sont jamais révocables à la volonté du donateur; mais elles peuvent se résoudre sous l'influence de certaines circonstances, parmi lesquelles on énumère ordinairement :

1° *L'Ingratitude du Donataire.*—Il n'est pas évident que cette cause de résolution soit de droit naturel : car, si le donataire commet des délits envers le donateur, il sera tenu de réparer le préjudice causé d'après le droit commun; mais il n'en résulte pas qu'on puisse lui reprendre la chose donnée, à moins qu'on ne veuille sous-entendre dans l'acte une con-

dition tacite à cet effet. Cette condition, la loi positive la suppose avec beaucoup de sagesse, en même temps qu'elle définit les causes d'ingratitude, dans le but de donner plus de certitude aux droits des parties.

2° *Survenance d'Enfants au Donateur.*—L'homme, en général, aime mieux pour ses enfants que pour des étrangers. Mais s'ensuit-il que, s'il a fait un don, il puisse s'en ressaisir lorsque plus tard il lui survient des enfants? Il n'y a pas de liaison nécessaire entre ces deux idées. On ne peut pas dire non plus qu'il y a eu convention tacite pour ce cas; et, en effet, la condition eût-elle été dans l'esprit du donateur, il n'est pas sûr qu'elle eût été acceptée par le donataire.

Ce qui prouve, d'ailleurs, que cette résolution n'est pas fondée sur une convention tacite, c'est que, quand même les parties auraient exprimé le contraire, et par conséquent dans un cas où l'on ne peut pas invoquer de pacte fait entre elles, la résolution aurait encore lieu, d'après les lois qui admettent ce cas de révocation.

L'intérêt général semble donc avoir été le motif de la révocation pour survenance d'enfants, puisque le donateur ne peut y renoncer; et dès-lors il est utile d'examiner si cette disposition de la loi est réellement conforme à l'intérêt public, ou si elle n'est pas plutôt le vestige d'un mal-entendu [1].

[1] On a cru long-temps que ce genre de révocation était fondé

La révocation pour survenance d'enfants ne peut être fondée que sur l'intérêt du donateur, sur celui des enfants, ou sur celui de la société. Or il est évident que ce n'est pas dans l'intérêt du donateur lui-même qu'elle est introduite. On croirait d'abord plutôt que c'est dans celui des enfants; mais, outre que la faveur qui leur est due va difficilement jusqu'à résoudre une aliénation consommée avant leur naissance, c'est si peu dans leur intérêt que la loi statue, que ce n'est pas à eux que revient la propriété de la chose donnée, mais à leur père, qui peut la revendre ou la donner de nouveau. Enfin, quant à l'intérêt de la société, il semble assez indifférent que la chose soit à Pierre ou à Paul; mais ce qui importe, c'est que la propriété des biens ne reste pas perpétuellement en suspens par l'effet de nombreuses causes de résolution.

Aussi la plupart des peuples modernes ont-ils refusé d'inscrire dans leurs lois la révocation pour survenance d'enfants [1].

3° *Inexécution des Conditions.*—Si la donation n'a été faite que sous certaines charges imposées au donataire, et qu'il néglige de les accomplir, il est naturel qu'on puisse lui reprendre la chose donnée. Cela tient aux principes généraux de tous les contrats.

sur la célèbre loi *Si unquam*, au Code *de revoc. Donat.*, que l'on s'accorde aujourd'hui à regarder comme ne statuant que sur un cas exceptionnel.

[1] Notamment en Russie, en Espagne.

Mais, au sujet des donations, il s'élève une question particulière, qui est de savoir si l'on peut contraindre directement le donataire à exécuter ces charges, question dont la solution importe surtout lorsque, par suite des circonstances, les charges sont plus onéreuses que le don n'est avantageux. Il semble bien conforme à l'intention des parties, par cela seul qu'elles se sont servies du terme de *donation*, de décider que le donataire n'est jamais tenu qu'à rendre ce qu'il a reçu, une donation n'ayant pour but que de faire le bien de celui qui la reçoit, mais jamais de le constituer en perte.

On pourrait encore douter si la mauvaise fortune dans laquelle tomberait le donateur ne forme pas une quatrième cause de résolution. Tout ce que l'on peut dire, c'est que si le donataire ne vient pas à son secours, cet abandon pourra être considéré comme un fait d'ingratitude. Jamais, du reste, le donataire ne pourra, on le sent, être obligé envers le donateur au-delà de ce qu'il tient de sa libéralité.

CHAPITRE VI.

Du Prêt de Consommation.

Le prêt de consommation est celui qui s'exerce sur les choses fongibles, c'est-à-dire sur les choses qui se détruisent par le premier usage, telles que le

vin, le blé, et même l'argent: car, bien que l'argent ne se consomme pas par le premier usage, du moins est-il vrai que par cet usage même, il est perdu pour son propriétaire.

Ce prêt ne peut se faire sans transporter la propriété des choses à l'emprunteur, puisque sans cela, ne pouvant les consommer, il n'en pourrait tirer aucun avantage. Mais il s'engage de son côté à rendre une certaine quantité de choses pareilles, dans un délai convenu.

L'emprunteur, devenant propriétaire, supporte seul les risques de la chose qui lui est remise, et, si elle périt, il n'en doit pas moins restituer ce qu'il a promis au prêteur, Sous ce rapport, ce prêt se distingue du commodat ou prêt à usage, dont il sera question plus bas.

Le plus important des prêts de consommation, par sa fréquence comme par ses rapports avec l'économie politique et le crédit public et privé, est le prêt d'argent ou prêt à intérêt, dont je vais parler plus spécialement, en discutant quelques questions qui s'y rattachent.

§ I.

Le Prêt à Intérêt est-il licite?

C'est une de ces questions qui servent, pour ainsi dire, de signaux dans les sciences morales, afin de marquer le chemin que les idées font de siècle en siècle. On est à peu près fixé aujourd'hui sur la lé-

gitimité du prêt à intérêts, condamné comme immoral pendant tout le moyen âge, mais qui, toujours vivace malgré l'anathème des théologiens, et défendu contre eux par les jurisconsultes, a fini par ne plus être attaqué par personne[1].

Sans rentrer dans une question désormais épuisée, disons que la raison comprend difficilement qu'il soit illicite de tirer un intérêt modéré d'un capital aliéné pour un certain temps; qu'en droit, l'homme peut mettre un prix à tout service rendu; qu'il n'y a aucun motif pour que je puisse stipuler un salaire quand je loue ma maison, mon cheval ou mon mobilier, et pour que cette même stipulation devienne con-

[1] Le hasard avait voulu que les trois autorités qui exerçaient le plus d'empire sur les esprits au moyen âge, Aristote, l'Ancien et le Nouveau Testament, continssent des textes qui condamnaient ou paraissaient condamner le prêt à intérêt. Aristote avait dit dans sa *République :* « C'est avec raison que l'on réprouve les intérêts, qui consistent à tirer un gain de la monnaie, contre sa destination naturelle, qui est de servir aux échanges. . . Dans le prêt à intérêt, l'argent engendre de l'argent. Aussi, de tous les genres de gain, c'est celui qui répugne le plus à la nature des choses » (*Républ.*, liv. I, ch. 10). Mais en quoi ce gain répugne-t-il plus que celui qu'on tire de la location d'un livre, dont la destination naturelle est d'amuser ou d'instruire? On sait aussi que le *Deutéronome* défendait aux Juifs de prêter à intérêt, mais seulement entre eux (*fratri tuo*) : car ils pouvaient le faire aux étrangers, ce qui montre bien que ce n'était point une règle de droit naturel. Enfin, on citait le fameux *Mutuum date, nihil inde sperantes*, de l'*Evangile* (saint Luc, VI, 35), où Jésus-Christ ne paraît avoir eu d'autre intention que d'engager les Juifs à observer la loi de Moïse.

damnable si j'ai loué l'usage d'une somme d'argent avec laquelle l'emprunteur pourra se procurer ces différentes choses ; que l'argent n'est qu'un instrument propre à réaliser des bénéfices ; que, si je consens à m'en priver, il n'y a qu'exacte justice à me promettre un dédommagement ; qu'enfin, cela est d'autant plus vrai, que le prêteur court toujours plus ou moins le risque de perdre son capital, par l'insolvabilité possible de l'emprunteur[1].

A ce double titre, l'intérêt n'est donc que la représentation légitime de l'utilité dont le prêteur se prive, et de la chance de perte à laquelle il s'expose.

Il y a plus : la loi aurait très-bien pu statuer que le prêt d'argent serait de plein droit productif d'intérêts, à moins de stipulation contraire ; ce qui aurait été interpréter justement la volonté des parties dans l'immense majorité des cas. Elle s'est contentée de permettre de les stipuler : en sorte que, dans le silence de la convention, le prêt est censé gratuit.

§ II.

De l'Usure.

Aujourd'hui le point controversé n'est plus de savoir s'il est licite ou illicite de prêter à intérêt : la

[1] V. une bonne dissertation sur ce point dans Burlamaqui, t. III, p. 280.

question s'est déplacée, et les économistes discutent seulement si le législateur a le droit de fixer un maximum à l'intérêt qui pourra être stipulé.

Bentham a publié sur ce point sa *Défense de l'Usure*, où il s'est attaché, dans une série de lettres, à démontrer que la liberté des conventions devait être illimitée. Ses élèves citent cet ouvrage comme un de ses chefs-d'œuvre[1]. Il y réfute l'opinion de Smith, qui croyait à la nécessité des lois restrictives de l'usure.

Nous ne suivrons pas Bentham dans la multitude des raisons qu'il présente, et dont plusieurs sont fort peu convaincantes, comme lorsqu'il allègue que la loi, laissant toute liberté au prodigue de se ruiner par les contrats divers qu'il peut conclure, n'a pas de motifs pour venir à son secours lorsqu'il s'agit de prêt d'argent. De ce que la loi anglaise ne prend aucune mesure pour interdire le prodigue, il ne s'ensuit pas que ce soit la meilleure organisation possible.

Les seuls arguments sérieux développés par Bentham peuvent se réduire aux deux points suivants :

1° Le louage de l'argent est de même nature que le louage des choses, et il n'y a pas plus de raison pour fixer une limite au loyer dans un des cas que dans l'autre.

2° La loi qui frappe l'usure se retourne contre ceux qu'elle prétend protéger, en leur ôtant le moyen

[1] *Defence of Usury*. Ces lettres sont datées de Crichoff, dans la Russie Blanche, en 1787.

d'emprunter, ou en les forçant de payer un taux plus fort qu'ils ne le feraient sans elle.

La première de ces propositions est paradoxale, en ce qu'elle prétend assimiler de tout point le prêt au louage des choses, malgré les différences profondes qui les distinguent. Il est impossible de fixer un certain taux pour le louage ou pour la vente, parce que les choses qui peuvent en être l'objet sont d'une infinie diversité, et que, même pour celles de même espèce, les individus diffèrent. Mais une somme de mille francs est partout l'équivalent d'une somme de mille francs. Comme les sommes d'argent sont en abondance sur le marché, il n'y a pas impossibilité d'en déterminer le prix de louage, qui représente la difficulté de se les procurer, et l'avantage dont se prive celui qui s'en dessaisit.

De plus, une différence immense qu'on ne veut pas voir, c'est que celui qui achète ou qui loue a généralement sa liberté pour contracter, liberté qui n'existe pas au même degré pour l'emprunteur. Le contrat d'emprunt sent la misère; le capitaliste fait la loi: aussi y a-t-il beaucoup plus de ruines causées par des emprunts que par des achats à perte. Quand il existe au milieu des champs une carrière ouverte où il peut arriver un accident tous les dix ans, l'autorité ne s'en occupe pas; mais s'il y a sur la grande route une fondrière qui menace incessamment la sûreté des voyageurs, on s'empresse de la faire combler.

L'autre argument de Bentham consiste à dire que jamais l'homme ne paie ce dont il a besoin un cen-

time de plus qu'il ne peut le faire. Quand le blé est à trois francs la mesure, personne n'en offre trois francs un sou; et de même, quand l'argent est à cinq, personne n'en offre cinq et demi. Mais, réciproquement, si quelqu'un offre sept, c'est la preuve évidente que, vu les chances de sa position, il lui est impossible d'emprunter à un centime de moins. La loi qui l'empêche de traiter à ce taux lui est donc très-préjudiciable: car elle l'empêche de réaliser peut-être un grand bénéfice, peut-être d'éviter sa ruine. Pour que cette loi atteignît son but, il faudrait non-seulement qu'elle fixât le maximum de l'intérêt, mais encore qu'elle forçât le capitaliste à prêter au-dessous de ce maximum.

Il y a là un paradoxe habile, qui consiste à supposer que l'argent se met sur le marché comme les denrées. Tout ce que dit Bentham serait vrai, si l'on publiait qu'on a besoin d'argent comme on publie qu'on a besoin de telle ou telle marchandise. Au contraire, il est souvent moins dangereux d'avoir besoin d'argent que de laisser apercevoir ce besoin. De là le mystère dont s'enveloppent les négociations préparatoires des emprunts. Mais, par la même raison, l'emprunteur préfère en passer par les exigences les plus dures, plutôt que de prolonger des tentatives qui compromettraient sa position en s'ébruitant. La loi fait donc bien de venir à son aide, en le protégeant contre la rapacité de son créancier.

Il peut se faire que, dans quelques circonstances, un homme qui pourrait emprunter à un taux plus

élevé, avec avantage pour lui, éprouve une perte parce que personne ne voudra lui prêter au taux légal. Mais le législateur ne peut statuer que pour le commun des cas; et il n'est pas douteux qu'en prohibant l'usure, il ne prévienne beaucoup plus d'infortunes qu'il n'en occasione.

Le système défendu par Bentham fut mis en pratique chez nous à une époque où toutes les idées de liberté séduisaient les esprits. Mais on en revint bientôt au régime restrictif, tant les abus scandaleux s'étaient multipliés!

Le taux de l'intérêt paraît assez convenablement fixé, chez la plupart des peuples de l'Europe, entre quatre et cinq pour cent.

Seulement, comme l'intérêt représente aussi pour le créancier le risque auquel il s'expose, il est évident que le taux du prêt sur gage ou sur hypothèque devrait être plus bas que dans le simple prêt sur billet.

Quant à la peine de l'usure, elle devrait toujours être au moins de la confiscation du capital prêté, dont on pourrait appliquer une partie à l'emprunteur pour l'engager à porter plainte, et le reste aux établissements de bienfaisance.

§ III.

Des Altérations de la Monnaie.

Il y a deux manières de changer la valeur de la monnaie: soit en altérant la valeur nominale, lorsque,

par exemple, le souverain décide que l'écu de cinq francs en vaudra dix; soit en altérant le titre, lorsqu'on refond la pièce de cinq francs pour en frapper une autre où il n'y a plus que moitié moins d'argent. Dans les deux cas, c'est une question que de savoir comment, après une altération de ce genre, le remboursement du prêt devra être fait [1].

En général, les législateurs ont ordonné que l'emprunteur devrait rendre une même valeur nominale, et ne devrait rendre que cela, sans avoir égard au nombre de pièces ou à la quantité d'argent livrée: telle est, en particulier, la disposition de notre Code. Les interprètes qui l'ont commenté ont été obligés d'avouer que cela n'était pas entièrement juste [2]. Et en effet, la conscience publique n'a jamais foi dans les prestidigitations monétaires. On a beau, sur le papier, hausser du double la valeur d'un écu; il n'achètera pas plus de marchandises qu'auparavant [3].

Ceux qui justifient le système du Code civil invoquent la raison d'Etat. Le législateur, suivant eux, ne peut pas avouer d'avance qu'il commettra des

[1] V., sur ce sujet, un article de M. Duvergier, dans la *Revue Fœlix* (t. VII, p. 929).

[2] V. MALLEVILLE, sur l'art. 1895; DELVINCOURT, t. III, notes, p. 411; DURANTON, t. XVII, p. 631. — M. Duvergier ne partage pas leur opinion.

[3] Quand les écus, sous Louis XIV, furent réduits à une demi-once d'argent, il arriva qu'ils n'achetèrent plus que 30 livres de froment au lieu de 60. SAY, *Cours d'Economie politique*, part. III, ch. 6.

injustices : il discréditerait par-là toutes les mesures à prendre. Or c'est cependant ce qu'il ferait en statuant autrement qu'il n'a fait. Mais on peut répondre que s'il est dangereux d'avouer ses propres injustices, il vaut encore mieux n'en pas commettre. Je tiens la raison d'Etat pour suspecte, si elle consiste à être inique de peur de convenir qu'on peut l'être.

C'est aussi la raison d'Etat qui induit les gouvernements à hausser artificiellement la valeur des monnaies, afin de payer leurs créanciers avec la moitié de ce qui leur est dû; et ils ont en général assez d'impartialité pour permettre aux particuliers de suivre leur exemple.

Le seul système compatible avec la justice est d'obliger l'emprunteur à rembourser une valeur intrinsèque équivalente, sans égard à la valeur de convention, que la loi peut élever ou diminuer. Le bon sens dit que ce qui est dû au prêteur n'est pas un certain nombre de pièces de métal qualifiées de telle ou telle manière par le législateur, mais un nombre de ces pièces avec lequel il puisse se procurer la même somme de denrées ou de bien-être qu'avec celle qu'il a sacrifiée en faisant le prêt. La valeur intrinsèque est celle qui remplit le mieux cette condition[1].

[1] La plupart des codes étrangers admettent au moins la possibilité de stipuler la restitution de la même valeur intrinsèque, en vue du cas d'altération ou de démonétisation. — V. Code sarde, art. 1917; Code hollandais, art. 1794; Code autrichien, art. 988 et suiv.

CHAPITRE VII.

Du Louage des Choses.

Le louage des choses est un contrat par lequel on cède à quelqu'un l'usage temporaire d'une chose moyennant un certain prix.

Il est indifférent que ce prix consiste dans de l'argent, dans des denrées ou dans tout autre équivalent; dans une prestation une fois payée, ou dans des redevances successives.

Le louage pourrait être appelé une vente de l'usage d'une chose : et en effet, entre la vente et le louage il existe une frappante analogie qui rend les règles de l'une presque en tout applicables à l'autre. Aussi sera-t-il plus simple de noter leurs différences que leurs ressemblances.

1° *Nature du Droit transféré.*—Dans la vente, le droit transféré à l'acheteur est le droit de propriété, c'est-à-dire un droit réel. Au contraire, suivant l'opinion ancienne, dominante encore aujourd'hui, le droit acquis au locataire dans le contrat de louage est un pur droit personnel contre le bailleur, mais ne reposant pas sur la chose même. Le droit romain en tirait la conséquence qu'en cas de vente le fermier pouvait être expulsé par le nouveau propriétaire, sauf à lui à se pourvoir contre le bailleur pour inexécution du contrat : règle suivie encore par presque

tous les législateurs modernes [1]. Il nous semble que le Code civil, ayant abrogé ce principe, a par-là même imprimé au droit de bail un caractère de réalité comparable à celui qu'on reconnaît dans l'usufruit. L'opinion contraire repose plutôt sur des souvenirs que sur la nature des choses.

Si l'on admet plus tard, comme nous en avons la conviction, que le fermier possède un droit réel, il faudra en conclure, non-seulement qu'il ne peut être expulsé par les tiers acquéreurs, doctrine déjà consacrée aujourd'hui par nos lois, mais encore qu'il pourra intenter les actions possessoires, ce qui serait très-conforme à la raison.

2° *Résolution du Contrat.* — La résolution du bail, comme de la vente, peut être poursuivie pour non-paiement du prix stipulé.

Elle peut l'être de plus pour abus de jouissance: ce qui n'aurait pas lieu dans la vente, parce qu'alors le vendeur, ayant abdiqué tout droit dans la chose, est devenu indifférent à l'usage qui en sera fait.

Dans la vente également, la perte de la chose vendue ne résout pas le contrat, parce que le prix a été promis au vendeur uniquement pour qu'il mît l'acheteur en son lieu et place. Quant au bail, il y a plus de difficulté. L'opinion d'après laquelle le fermier est déchargé du paiement par la destruction de la chose, quoique généralement admise, ne paraît pas

[1] Notamment en Bavière, en Suède, etc. En Autriche, où le bail est considéré comme droit réel, il n'est opposable aux tiers que s'il est inscrit (art. 1120).

d'abord en harmonie avec les principes, surtout si l'on regarde son droit comme un droit réel. Il semblerait, au contraire, qu'une fois que le droit de jouissance lui a été cédé, il doit supporter la perte de ce droit, comme de toute autre chose qu'il aurait achetée. Cependant on arrivera peut-être à une solution différente en laissant de côté la question des droits réels et des droits personnels, pour s'attacher à cette règle si générale et si sûre, que les contrats doivent s'exécuter selon la volonté présumée des contractants. Tout se réduirait alors à savoir s'il est probable que le fermier s'engageait à continuer le paiement de ses fermages, même pour le cas où il n'existerait plus de droit de bail, par suite de la destruction de l'objet affermé. On sent que la négative était seule dans l'intention des parties.

Il n'en est pas de même si la chose louée subsiste, et que, par un cas fortuit, elle n'ait pas produit de fruits pendant une ou plusieurs années. Rationnellement parlant, cette circonstance ne saurait être un motif pour décharger le fermier de ses obligations. La raison de différence est qu'ici le droit de bail subsiste, et que la perte doit être supportée par le fermier parce qu'elle porte sur les fruits, qui lui appartiennent.

La décision contraire, que nous avons empruntée au droit romain, n'est qu'une décision de commisération pour le fermier; ce n'est pas une décision de principe. La preuve en est que si les fruits viennent à doubler, le propriétaire ne peut pas augmenter le

fermage, quoique l'on dût l'y autoriser par la règle de la réciproque [1].

CHAPITRE VIII.

Du Commodat ou Prêt à Usage.

Le commodat est un contrat par lequel on accorde gratuitement à quelqu'un l'usage d'une chose pendant un certain temps.

Ce contrat diffère du prêt de consommation sous les trois rapports principaux que voici :

1° Il ne peut avoir pour objet que des corps certains, tandis que l'autre porte sur des quantités ou des denrées. On prête à *mutuum* de l'argent, du blé, du vin; on prête à commodat un livre, un fusil, ou une voiture. Cependant, pour démêler la vraie nature de la convention, c'est plutôt l'intention des parties qu'il faut considérer que la qualité de la chose : de sorte qu'un même objet pourra, suivant les circonstances, servir de matière à l'un ou à l'autre contrat. Ainsi, vous m'empruntez une pièce d'or

[1] La législation espagnole est la seule qui ait poussé la logique jusqu'à donner ce droit au propriétaire, qui doit profiter du bénéfice comme il supporte la perte. Mais la force des choses l'emporte sur les principes. Sala fait à ce sujet cette remarque : *Jamas he visto en la practica este caso de pedir el dueño paga doble, sin embargo que siempre he sido muy apasionado á asuntos de agricultura y cuento ya setenta años cumplidos.*— T. II, tit. 13.

pour la montrer à un étranger; vous devrez me la restituer en nature : c'est un commodat véritable.

2° La propriété n'est pas transférée dans le commodat comme elle l'est dans le *mutuum :* par conséquent l'emprunteur ne peut ni détruire, ni aliéner, ni même détériorer la chose prêtée. Il ne peut en user que suivant l'intention probable de celui qui la lui a remise. Il doit la rendre en essence et en espèce, et ne peut pas la remplacer par une autre.

3° Ce contrat est essentiellement gratuit : car, si le prêteur se faisait promettre un certain salaire, la convention dégénèrerait en louage. Cependant il va sans dire que l'emprunteur sera tenu de pourvoir à l'entretien ordinaire de la chose pendant qu'il en jouira; par exemple, qu'il devra supporter les frais de la nourriture de l'animal, parce que cette nourriture est la condition du service qu'il en tire, et qu'on ne peut pas supposer qu'il a eu l'intention, lors du contrat, de la réclamer du prêteur.

On décidera, par la même interprétation d'intention, que si la chose avait été prêtée pour un certain temps, mais qu'avant ce temps écoulé le prêteur vînt à en avoir un besoin pressant, à raison de quelque accident imprévu, elle devrait lui être rendue : car il n'est point à croire que dans un pur contrat de bienfaisance le prêteur ait entendu s'interdire de réclamer sa chose, au point de se nuire à lui-même.

Une question importante consiste à savoir si, lorsque la chose périt ou est endommagée entre les

mains de l'emprunteur, sans aucune faute de sa part, c'est sur lui ou sur le propriétaire que doit tomber la perte.

Les Romains, appliquant ici la règle *Res perit domino,* déclaraient l'emprunteur libéré. Kant, au contraire, pense, d'après la volonté probable des parties, qu'il devra indemniser le prêteur.

Je crois que l'on ne doit adopter ni l'une ni l'autre de ces opinions d'une manière absolue, mais qu'il faut faire la distinction suivante. Si la chose eût dû également périr entre les mains du propriétaire, il ne pourra pas s'en faire payer la valeur. Dans le cas contraire, il y aura droit, comme si le cheval prêté avait été tué d'un coup de tonnerre pendant le voyage, ou bien encore dans l'exemple cité par Kant à ce sujet [1].

CHAPITRE IX.

Du Dépôt.

Le contrat de dépôt, qui nécessite peu d'explications, est celui par lequel on remet à quelqu'un la

[1] « J'entre chez un ami pendant une averse, et j'y emprunte un manteau. Tandis que je continue mon chemin, on jette sur moi, d'une fenêtre, quelque substance qui altère ce vêtement, ou bien on le vole dans une maison où je me suis momentanément arrêté. Dans un pareil cas, ne serait-il pas absurde de dire que je n'ai rien de plus à faire que de rendre le manteau tel qu'il est, ou de dénoncer le vol qui en a été fait? » *Métaphys. des Mœurs*, § 38.

garde d'une chose, jusqu'à ce qu'elle soit réclamée.

On distingue, dans le droit, trois espèces de dépôts :

1° Le dépôt *volontaire*, opéré par l'accord de deux parties, dont l'une remet une chose à l'autre qui en accepte la garde, office de confiance librement consenti et gratuitement assumé.

2° Le dépôt *nécessaire*, qui a lieu dans un accident grave, tel qu'un naufrage ou un incendie, lorsque le propriétaire menacé d'un grand danger n'a pas la liberté de choisir celui à qui il remet la garde de ses effets. Ce dépôt a toujours été l'objet de quelques mesures spéciales propres à en assurer la restitution.

3° Le dépôt *judiciaire*, appelé aussi *séquestre*, lequel a lieu lorsque le juge, craignant pour la sûreté d'une chose litigieuse possédée par l'un des plaideurs, en ordonne la remise entre les mains d'un tiers qui la restituera à celui en faveur de qui la Justice aura prononcé.

Les deux premières espèces de dépôt sont gratuites, mais non la troisième.

Le dépositaire, principal obligé, doit restituer la chose, à toute réquisition, à celui qui la lui a confiée.

De son côté, le déposant doit lui rembourser les frais que lui aurait occasionés la garde de la chose, et les dépenses qu'a pu nécessiter sa conservation.

CHAPITRE X.

Du Louage d'Ouvrage.

Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel une personne s'engage à prester ses œuvres moyennant un certain équivalent.

Le droit romain voulait que cet équivalent consistât dans de l'argent, comme dans le contrat de vente, sans quoi ce n'aurait pas été un louage, mais quelque autre convention. On ne voit pas que cette règle de pur droit arbitraire mérite d'être conservée.

Peu importe également que les œuvres promises consistent dans un fait singulier, comme de construire un mur, ou dans une succession de services, comme dans les rapports du maître et du serviteur.

Ces rapports de domesticité, qui ont remplacé l'esclavage antique, ont donné lieu de douter s'ils étaient légitimes, et s'il naissait d'un pareil contrat quelque obligation pour celui qui a promis ses services de les prester effectivement. Suivant les uns, l'obligation ne serait nulle que si elle était perpétuelle; suivant les autres, elle le serait toutes les fois qu'eu égard à l'âge du promettant, elle pourrait être considérée comme répondant à la durée probable de sa vie; d'autres, enfin, ont fixé un terme arbitraire [1].

[1] Le Code russe ne permet d'engager ses services que pour

L'engagement des services est une obligation de faire qui n'a rien de contraire à la morale, et dont la validité ne saurait par conséquent être contestée au point de vue du droit naturel. Mais la loi positive fera bien de ne pas permettre que cet engagement puisse être contracté pour toute la vie, ou pour un temps qui se confondrait avec la durée probable de la vie. Il serait dangereux que, par une imprudente promesse, le domestique fût placé entre la nécessité de subir une condamnation pécuniaire ou de prester à perpétuité des services auxquels il répugne. Une pareille alternative porterait une atteinte grave à la liberté individuelle.

Que si l'engagement n'est que temporaire et limité par de justes bornes, son inexécution entraînera généralement des dommages-intérêts, dont l'estimation dépendra des circonstances du lieu et de la nature des services promis. Dans les villes, où l'on trouve facilement à remplacer un domestique, le préjudice causé au maître sera le plus souvent nul, et ne donnera lieu par conséquent à aucune indemnité. Il pourra en être autrement dans les campagnes, surtout s'il s'agit de services consacrés à l'agriculture.

Le louage d'ouvrage doit être considéré comme résolu par la mort de celui qui avait promis ses œuvres, mais non par celle de l'autre partie. La raison en est que l'équivalent dû par celle-ci peut égale-

cinq ans (art. 1705), chose remarquable chez un peuple où les deux tiers des paysans sont dans le servage.

ment être fourni par son héritier, tandis que la main-d'œuvre est toute personnelle. Il y aura lieu, si le cas se présente, d'estimer de combien la main-d'œuvre déjà réalisée a profité au propriétaire, pour le condamner à en payer la valeur à la succession du défunt.

CHAPITRE XI.

Du Mandat.

Malgré la maxime de Savary [1], le mandat doit être regardé comme l'un des contrats les plus indispensables. On appelle ainsi une convention par laquelle une personne confie la gestion d'une affaire à une autre personne qui l'accepte.

C'est une grave question entre les auteurs, que de savoir ce qui différencie le mandat du louage d'ouvrage dont il vient d'être parlé. La plupart pensent que son caractère distinctif est la gratuité, et que tel service qui, presté pour de l'argent, constitue un louage, ne forme qu'un mandat s'il est presté sans rétribution. Mais cette distinction n'est pas acceptée par tout le monde. Les avocats, qui plaident pour autrui moyennant un salaire, prétendent ne pas louer leurs œuvres, mais ne faire qu'un contrat de mandat, considéré comme plus honorable. Dès-lors, ils ont

[1] « Celui qui fait ses affaires par autrui, va à l'hôpital en personne. »

prétendu que le mandat, qui exclut l'idée d'un salaire, n'exclut pas celle d'honoraires, quoique la différence soit plus dans le nom que dans la chose.

D'un autre côté, si l'absence d'un salaire faisait le mandat, l'ouvrier qui, par bienveillance, se chargerait gratuitement de quelque menu travail pour moi, serait donc mon mandataire, ce qui répugnerait fort aux idées reçues.

Il semble que ce qui devrait caractériser le mandat, indépendamment de l'idée de salaire ou de gratuité, c'est le pouvoir conféré au mandataire de représenter le mandant; et j'entends par-là le pouvoir de lui acquérir ou de lui faire perdre des droits.

Si je charge un ouvrier de raccommoder ma vaisselle ou mes habits, gratuit ou non, ce contrat ne sera pas un mandat, parce que l'ouvrier ne me représente sous aucun rapport. Mais si je charge une personne de défendre mes intérêts dans une liquidation, gratuit ou non, ce contrat sera un mandat, parce qu'il y a caractère représentatif conféré au mandataire.

Cette distinction, si elle était adoptée, aurait l'avantage d'établir entre ces deux contrats voisins une ligne de démarcation plus rationnelle que celle qu'on a voulu tracer jusqu'à présent.

Obligations du Mandant.—Les obligations du mandant peuvent être considérées soit vis-à-vis du mandataire, soit vis-à-vis des tiers avec qui le mandataire a contracté.

Vis-à-vis du mandataire, le mandant est obligé de

l'indemniser de tous les déboursés par lui faits, et de toutes les pertes que lui a occasionées l'exécution de sa mission. Il n'est pas obligé à lui payer un salaire, au moins dans les idées actuelles, bien que, logiquement, on dût lui imposer de payer les œuvres du mandataire si elles sont appréciables, le droit ne demandant rien pour rien [1].

Vis-à-vis des tiers, le mandant est engagé par la signature du mandataire, comme s'il avait signé lui-même, pourvu que le contrat rentre dans les pouvoirs que le mandataire avait reçus.

Obligations du Mandataire. — Le mandataire doit exécuter la mission qu'il a acceptée; et, quand elle est remplie, il doit rendre compte au mandant de tout ce qu'il a fait ou reçu pour lui.

A l'égard des tiers, le mandataire, qui engage le mandant, n'est point tenu lui-même, parce qu'il n'est qu'un instrument qui manifeste la volonté d'un autre. Il n'y aurait exception que s'il ne leur avait pas fait connaître qu'il agissait au nom d'autrui, ou bien s'il avait formellement ajouté la garantie de sa responsabilité personnelle.

Extinction du Mandat. — Le contrat de mandat ne peut pas finir, pas plus qu'un contrat de vente. Mais

[1] Les lois font entre les *biens* et les *œuvres* une distinction peu logique. On ne présume jamais la translation gratuite d'une propriété; mais si quelqu'un prête ses œuvres à un autre, à moins d'une stipulation formelle, on présume qu'il a voulu agir gratuitement.

la mission du mandataire, qu'on appelle aussi mandat, prend fin par diverses circonstances.

Elle prend fin naturellement lorsqu'elle a été accomplie.

Elle prend fin également par la mort du mandataire, parce qu'elle est un office de confiance personnelle, et que les représentants du mandataire peuvent n'avoir ni ses lumières ni sa probité.

Il n'est pas aussi évident qu'elle doive finir par la mort du mandant. Cependant, tant que le mandat sera considéré comme essentiellement gratuit, il y aura peu d'inconvénient à enjoindre au mandataire de suspendre sa gestion jusqu'à ce que les héritiers aient confirmé ses pouvoirs.

La révocation du mandat est aussi considérée comme y mettant fin : ce qui ne fait pas difficulté lorsque le mandat est gratuit, puisque le mandataire n'a aucun intérêt à poursuivre sa gestion contre la volonté de l'autre partie.

Si le mandat était salarié, il serait encore naturel qu'il pût être révoqué, mais toutefois en indemnisant le mandataire du bénéfice qu'il devait s'en promettre.

Il est entendu, au reste, que, soit dans le cas de mort, soit dans le cas de révocation, tout ce qui serait conclu par le mandataire avec des tiers de bonne foi, dans l'ignorance de l'évènement survenu, serait considéré comme valable.

Enfin, l'on admet encore que le mandataire peut se décharger du mandat accepté, par sa renonciation, pourvu qu'il fasse cette renonciation assez à temps pour ne pas nuire au mandant.

CHAPITRE XII.

De la Société.

A la tête des contrats que j'ai appelés *communs*, parce qu'ils peuvent porter indifféremment sur la propriété, sur l'usage, ou sur un fait, se place le contrat de société.

Un aveugle et un paralytique se rencontrent. Le paralytique grimpe sur les épaules de l'aveugle et lui indique son chemin. Telle est, a-t-on dit, l'image de la société.

Le but de ce contrat est en effet de permettre à plusieurs personnes, en réunissant leurs efforts, de réaliser un avantage que chacune d'elles en particulier ne pourrait pas atteindre.

La société n'eut pas chez les anciens l'importance que lui assure de nos jours le négoce. A Rome, les seules sociétés qui opérèrent sur une grande échelle furent celles des chevaliers romains qui, sous le nom de publicains, se réunissaient pour affermer les revenus de l'Etat. Au moyen âge, au contraire, elles commencèrent à se développer avec l'esprit d'entreprise, et celles des Lombards, des Caorsins, dans lesquelles des capitaux immenses étaient engagés, étendirent leurs ramifications dans toute l'Europe. Les souverains négociaient leurs emprunts avec elles, et c'est par leur entremise qu'ils soudoyaient leurs armées.

C'est aussi par la société que les serfs parvenaient, au moyen âge, à éluder le droit d'échute ou de déshérence du seigneur, et à transmettre leurs biens à leurs enfants; tant l'homme sait approprier à ses besoins les institutions! Les serfs n'avaient pas le droit de se succéder. Mais quand tous les biens étaient indivis à la mort de l'un des parsonniers, les autres recueillaient sa part comme en vertu d'un droit d'accroissement. Le déport d'un seul des membres de la communauté serve rompait le charme, et rendait son droit de succession au seigneur, sans la permission duquel la communauté ne pouvait plus se reconstituer. Telle fut sans doute la cause de la faveur accordée autrefois aux sociétés taisibles, qui, sans aucun acte, se présumaient de plein droit entre ceux qui vivaient ensemble par an et jour *à commun pot et dépense.*

Aujourd'hui la société n'a plus d'autre but qu'un but mercantile; elle est toujours formée dans un esprit de spéculation, pour acheter, pour vendre, ou pour réaliser quelque entreprise industrielle. La commandite est venue centupler sa puissance, en admettant des sociétaires qui ne s'engagent pas personnellement, mais qui, mettant seulement en commun une certaine somme, acquièrent un droit proportionnel dans les bénéfices, sans risquer de rien perdre au-delà de leur apport.

§ I.

Des diverses espèces de Sociétés.

On distingue diverses espèces de sociétés, d'après leur étendue où leur organisation :

1° Les sociétés *universelles*, par lesquelles deux ou plusieurs personnes mettent tous leurs biens en commun. La loi, pour éviter les surprises et les regrets tardifs, ne permet pas d'y faire entrer les successions à venir. Du reste, cette espèce de société ne se présente que bien rarement dans la pratique.

2° Les sociétés *spéciales*, portant sur une opération donnée, comme lorsque deux personnes s'associent pour acheter un domaine en commun.

3° Les sociétés *en nom collectif*, propres au commerce : elles se composent de plusieurs sociétaires, tous garants solidairement sur tous leurs biens des engagements relatifs à la société.

4° Les sociétés *en commandite*, qui, outre un ou plusieurs associés engagés comme il vient d'être dit, en admettent d'autres appelés commanditaires, lesquels se bornent à une mise de fonds au-delà de laquelle ils ne risquent rien.

5° Les sociétés *anonymes*, où il n'y a que des commanditaires, plus un gérant qui administre les affaires de la société comme mandataire, mais sans s'engager personnellement.

§ II.

Comment la Société prend fin.

La nature particulière du contrat de société, qui repose sur la bonne harmonie des personnes, a toujours fait reconnaître que l'état qui en est la suite, et qu'on appelle aussi société, peut se dissoudre par certaines circonstances qui ne mettraient pas fin en général aux obligations.

Ces circonstances sont :

1° *La mort de l'un des associés,* parce qu'ils ne se sont peut-être constitués en société que par considération pour la personne. Il est évident, du reste, que cela ne peut pas s'appliquer aux simples commanditaires qui ne font point acte d'administration. L'on peut aussi stipuler que la société continuera entre les sociétaires survivants, ou même qu'elle admettra les héritiers de ceux qui décèderaient.

2° *La renonciation de l'un des associés,* qui peut demander à se retirer, et par-là même dégager tous les autres. Une association forcée produirait de mauvais résultats. Cependant cette faculté doit être raisonnablement limitée aux sociétés sans terme fixe, et comportant une série d'opérations indéterminée. On sent aussi qu'elle ne peut pas s'appliquer aux commanditaires. Enfin, la renonciation, dans tous les cas, ne doit être ni frauduleuse ni intempestive.

3° *La déconfiture de l'un des associés* autorise les autres à demander la dissolution. Il est inutile de faire observer que cette règle ne concerne pas les sociétés contractées pour un temps illimité, dont chacun peut se retirer, même sans motif, mais bien l'hypothèse où la société, ayant un terme fixe, ne pourrait point être dissoute par la seule volonté de ceux qui la composent.

§ III.

Du Partage des Bénéfices.

Il appartient aux associés de déterminer, dans le contrat, les parts qui reviendront à chacun d'eux. Mais s'ils ne l'ont pas fait, c'est une ancienne question que de savoir si l'égalité qui doit s'observer entre eux est une égalité absolue, ou une égalité proportionnelle à leur mise.

Le droit romain se prononçait pour le partage par têtes. Notre Code civil adopte au contraire le système de l'égalité proportionnelle.

L'égalité proportionnelle est la seule vraie, la seule juste. Il n'y a point ici bas d'égalité absolue: tous les droits doivent se mesurer aux services rendus et à la capacité. Et cependant je crois la disposition des lois romaines préférable à celle de la loi française.

C'est que la part proportionnelle aux mises se base sur une proportion très-injuste, en ce que des

deux apports que font les sociétaires, l'un en capacité, l'autre en argent, on ne tient compte que du dernier, tandis que cependant l'infériorité de la mise pécuniaire de l'un peut se racheter amplement par son talent et par son industrie. N'est-il pas même à présumer qu'il en est ainsi, lorsque ses coassociés ont accepté sa personne avec une mise inférieure, sans faire aucune stipulation sur le partage des bénéfices sociaux?

CHAPITRE XIII.

Du Contrat de Mariage.

On entend par contrat de mariage, non la convention même qui forme le mariage, mais celle qui règle les intérêts pécuniaires des époux pendant leur association.

Nous traiterons ici, dans un sens plus étendu, du régime des biens dans la société conjugale, soit que ce régime résulte d'une convention, soit qu'il résulte de la loi elle-même.

Et c'est d'abord une question à examiner, que de savoir si le choix de ce régime doit être laissé aux époux, ou si la loi ne doit pas leur imposer celui qu'elle juge le meilleur. Il est certain que le législateur pourrait déclarer d'autorité que le mariage emportera de plein droit l'adoption de tel ou tel régime. Le but de l'union conjugale étant de donner le

jour à des enfants, il importe à l'Etat de prendre les mesures nécessaires pour que les biens soient sagement administrés, et pour que la future famille ne soit pas réduite à l'indigence. Aussi, quand la loi ne le fait pas, ce n'est point par respect pour la liberté des conventions, mais c'est plutôt qu'elle hésite entre la valeur relative de divers systèmes, et que, dans le doute, elle veut laisser les populations maîtresses d'obéir aux anciennes traditions du sol.

Ce contrat étant le plus important de tous pour la paix des familles, nous consacrerons quelques instants à considérer comment il a été réglé chez les divers peuples, avant de porter nous-même un jugement sur le régime qu'il conviendrait de préférer.

§ I.

Législation comparée.

Droit hébraïque. — La femme juive n'apporte pas de dot à son mari; elle est elle-même l'objet d'un achat. Or, là où la *coemptio* est réelle, il ne peut y avoir de droit dotal proprement dit.

On distingue dans le mariage des Juifs trois espèces de biens appartenant à la femme :

1° La *ketuba,* ou dot, constituée par le mari à la femme pour le cas où elle deviendrait veuve, ou bien où elle serait répudiée, et dont l'objet, selon les rabbins, était précisément d'empêcher le

mari de divorcer. Le minimum de cette dot était fixé à deux cents susim (50 sicles) lorsqu'il s'agissait d'une vierge, et à la moitié lorsque l'épouse avait déjà été mariée. Sans ketuba il n'y a pas de mariage.

2° Les *nedunia*, ou biens possédés par la femme au moment du mariage, et relatés par elle dans le contrat de mariage. Le mari, qui en obtient par-là la jouissance, est garant de leur restitution [1].

3° Enfin, les biens non mentionnés dans le contrat, soit parce que la femme ne l'a pas voulu, soit parce qu'ils lui sont échus depuis, espèces de paraphernaux dont le mari ne jouissait pas légalement, mais aussi dont il ne répondait pas. C'étaient ceux qui se dissipaient le plus facilement : aussi les appelait-on d'un nom que les commentateurs traduisent par les mots latins *bona dilapidationis* [2].

Droit grec.—Chez les Athéniens, point de mariage sans dot. La dot est constituée par la femme au mari, ou, si la femme est sans biens, par son plus proche parent, d'après un certain tarif de proportion basé sur la fortune du constituant. Le mari doit donner une sûreté (ἀποτίμημα) sur ses biens, et spécialement sur ses immeubles, pour la restitution de la dot, dont il devient propriétaire; cette espèce d'hypothèque est tellement essentielle, que, si elle a été omise, le

[1] On croit toutefois que cet apport de la femme au mari, qui n'est mentionné que dans le Talmud, n'est qu'une imitation de la dot romaine.

[2] Gans, *Erbrecht*, t. 1, p. 142.

mari est censé avoir reçu une simple donation, et, comme telle, la restitution n'en peut pas être exigée. Il en résultait, du reste, pour la femme un droit de préférence sur tous les créanciers postérieurs. Quel que fût l'évènement qui mît fin au mariage, que ce fût la répudiation de la femme, sa mort, ou celle du mari, ce dernier ne gagnait jamais la dot, qui retournait ou à la femme, ou à ses enfants, ou à celui qui l'avait constituée. On doit remarquer seulement que le mari, étant propriétaire de la dot, n'était jamais forcé de la restituer en nature. Il n'était tenu que de payer la somme comprise dans l'ἀποτίμημα; et encore pouvait-il se contenter d'en servir les intérêts, que la loi avait fixés au taux de neuf oboles (18 p. 100) [1].

Droit romain. — Le régime matrimonial des Romains, tel qu'il se compléta sous les Empereurs, mérite une attention particulière, parce qu'il devint, sous le nom de *régime dotal*, le droit commun d'une grande partie de l'Europe.

La femme, dans ce régime, apporte à son mari une certaine quotité de biens meubles ou immeubles, pour soutenir les charges du mariage (*dos*).

La propriété de la dot appartient au mari, qui doit cependant la restituer, à la dissolution du mariage,

[1] Comparez Samuel Petit, *Leges atticæ*, p. 455. — Bunsen, *de Jure hered. athen.*, p. 42 et suiv.; — Hesychius, v° Αποτιμήματα; — Démosthènes, *Orat. in Neæram*; — Isoeus, *supra Pyrrhi hered.*, etc.

à la femme, ou à ses enfants s'il en existe. Dans le cas contraire, elle lui est acquise. Pour sûreté de la restitution, quand elle est due, la femme a un privilége sur les autres créanciers de son mari. De plus, si la dot consiste dans des immeubles, elle est inaliénable et imprescriptible pendant le mariage, tant la loi romaine prend à cœur les intérêts de la femme et de la famille!

Tous les biens qui n'ont pas été constitués en dot demeurent la propriété libre de la femme, sous le nom de *paraphernaux*. Le mari n'en jouit pas, et n'en a pas l'administration.

Le caractère distinctif du régime dotal est la séparation des intérêts du mari et de la femme, puisque tous les gains réalisés dans le mariage appartiennent au mari seul, — mais en même temps la garantie prêtée à la dot, dont la restitution est assurée par l'ensemble des dispositions de la loi.

Droit germanique. — En regard du droit romain se place le principe germanique, qui fut celui de la communauté d'intérêts entre les époux, et de l'absorption de la personnalité de la femme dans celle du mari.

Dans le Miroir de Saxe, l'un des plus anciens monuments du droit allemand, le mari est seul maître des biens de sa femme; il peut les vendre, les donner en paiement; ses créanciers peuvent les saisir. Elle n'a droit que de prendre ce qui reste à la dissolution du mariage. Le Miroir de Souabe, un peu po-

stérieur, contient un adoucissement; il ne permet plus au mari d'aliéner les biens propres de la femme [1].

Quant aux biens acquis pendant le mariage par l'industrie ou l'économie des époux, l'esprit du droit germanique fut d'en accorder une part à la femme. Cette part fut d'abord moindre que celle du mari; plus tard elle devint égale [2]. Là était le germe de la communauté ou de la société de biens, dans laquelle tombèrent plus tard tous les meubles des époux sans distinction, aussi bien ceux qu'ils possédaient avant le mariage que ceux acquis depuis, tandis qu'au contraire leurs immeubles leur restaient propres. Le mari avait l'administration et la disposition souveraine de la communauté, sans être tenu de consulter sa femme. Celle-ci, à son tour, était maîtresse, à la dissolution du mariage, de renoncer à la communauté, afin de se décharger de l'obligation d'en payer les dettes contractées sans sa participation [3].

Ce régime, qui nous vient du Nord, était suivi dans

[1] Ginoulhiac, *Histoire du Régime dotal*, p. 243.

[2] Dans le Grâgâs d'Islande, la femme n'a qu'un tiers des biens; et c'est aussi le principe des Capitulaires, qui se pratique encore de nos jours en Suède, dans les campagnes, mais non dans les villes, où le droit des époux est égal. Le Schwabenspiegel donne déjà moitié des acquêts à la femme (c. 143).

[3] Ce droit de renonciation ne fut toutefois reconnu dans l'origine qu'aux femmes nobles, qui, pour l'exercer, devaient déposer les clefs sur le cercueil de leur mari, comme le fit en 1404 la Duchesse de Bourgogne. Ce ne fut que plus tard qu'on l'accorda aux roturières. Laferrière, *Hist. du Droit français*, t. I, p. 183.

les provinces septentrionales de la France; et il avait même pénétré dans plusieurs pays du Midi, tels que l'Espagne et le Portugal [1]. Au contraire, certains peuples du Nord, et notamment les peuples d'origine slave, ne l'avaient jamais adopté [2].

Droit moderne. — Les Etats modernes ont eu à se prononcer entre les deux principes romain et germanique. Quelques-uns l'ont fait nettement, en adoptant l'un et en proscrivant l'autre; mais la plupart n'ont point été aussi exclusifs, laissant aux époux la faculté de choisir le régime sous lequel ils voulaient s'unir.

C'est ce qui a lieu en France, où la loi n'établit le régime de communauté que pour le cas où les conjoints n'ont pas fait un choix dans leur contrat de mariage.

Au contraire, le Code autrichien donne la préférence au régime dotal, à moins que les époux n'aient stipulé la communauté; mais la dot n'est pas déclarée inaliénable. Et c'est à peu près aussi l'esprit du Code bavarois [3].

En Angleterre il n'y a pas de communauté. Le mari devient propriétaire des meubles de sa femme,

[1] Dès le XIe siècle la communauté était adoptée en Espagne Gans, t. III, p. 394.

[2] Les plus anciens monuments polonais paraissent témoigner d'un régime calqué sur le droit romain. Maciejowski, t. II, p. 215.

[3] Code autrichien, art. 1217 et suiv. — Code bavarois, liv. I, ch. 6.

s'il en a pris possession; mais il n'a que l'usufruit (*freehold*) des immeubles [1].

Le système espagnol est un mélange assez imparfait du droit dotal et du droit de communauté. Il y a entre les époux société d'acquêts. Quant à la dot apportée par la femme, elle n'est pas proprement inaliénable. Cependant, si le mari l'a consommée en majeure partie, la femme peut faire rescinder les aliénations et les hypothèques qui lui préjudicient. Toute la question dépend de savoir s'il lui reste ou non la moitié de sa dot [2].

En Italie le régime dotal est le régime de droit commun. Le Code sarde permet seulement d'y joindre la stipulation d'une société d'acquêts, mais il défend la communauté universelle [3].

Les Slaves n'admirent pas la communauté. Aussi le Code russe se distingue-t-il de tous les autres, en isolant complètement les intérêts du mari de ceux de la femme, en rejetant toute communauté, en repoussant même l'autorité maritale : en sorte que chaque époux administre sa fortune séparément, et que la femme peut vendre, acheter et plaider sans l'autorisation de son mari. C'est la seule loi où

[1] Blackstone, liv. II, ch. 29, n° 6. — Logan, p. 78.

[2] *Y para computar si á la muger le queda ó no salva la mitad de su dote, se ha de atender al tiempo en que se hacen las enagenaciones.* Sala, liv. I, ch. 5, n° 12.

[3] Code sarde, art. 1573. — V. aussi Code des Deux-Siciles, art. 1346.

le mariage soit absolument sans contre-coup sur la fortune [1].

§ II.

Mérite comparatif des divers systèmes.

Il y a long-temps que la question est pendante entre les provinces du Nord et du Midi de la France. Là on se marie en communauté, ici sous le régime dotal, plutôt par l'empire de l'habitude que par un choix calculé [2].

Chaque système a ses inconvénients et ses avantages. Ce qu'il y a de bon dans la communauté, c'est cette fusion d'intérêts qui réunit davantage encore ceux que la vie commune associe, qui empêche les calculs personnels résultant de la division des patrimoines, et qui intéresse d'ailleurs les deux époux également à faire prospérer les affaires du ménage. Un mariage comme celui de la loi russe est à peine un mariage. C'est plutôt un contrat pour la procréation des enfants.

D'un autre côté, la communauté, comme notre Code l'organise, n'est plus en harmonie avec nos

[1] V. la *Kritische Zeitschrift* de Heidelberg, t. xv, p. 216.

[2] « Interrogez ceux qui sont nourris en pays de droit escrit : ils vous diront que la séparation de biens est, sans comparaison, meilleure que la communauté; et ceux du pays de coustume donneront leur arrest en faveur de la communauté de biens; tant a de tyrannie sur nous un long et ancien usage ! » Pasquier, *Recherches de la France*, iv, 21.

mœurs. Un régime dans lequel tous les biens meubles des époux deviennent communs par le seul fait du mariage, pouvait convenir à des temps où les fortunes mobilières étaient sans importance, où la dot des femmes se montait à peu de chose. Alors on ne prenait en considération que les biens-fonds, qui, sous le nom de propres, devaient rester aux familles. Mais aujourd'hui que, d'une part, le lien de la famille est relâché, et que, d'autre part, les fortunes mobilières ont pris une grande importance par l'extension de l'industrie, ce régime ne répond pas au vœu des populations. S'il en fallait une preuve, elle est dans ce fait, qu'il ne se trouve pas un contrat de mariage dans lequel les époux ne dérogent à la loi, en se réservant en propre leur fortune mobilière aussi bien que leurs immeubles. Ces stipulations montrent évidemment que la législation a besoin d'être modifiée.

Cet inconvénient du régime de communauté n'est pas le plus sérieux, puisqu'on peut y remédier par une convention. Il en est un autre, plus grave peut-être, qui consiste dans le peu de garantie qu'il offre à l'avenir des familles.

Dans l'union conjugale, le mari est le sociétaire actif; il a l'esprit d'entreprise, il s'ouvre le chemin de la fortune. La femme, au contraire, est chargée des soins domestiques. Son rôle est un rôle d'intérieur et de conservation. Par une suite naturelle, le patrimoine du mari est l'enjeu qu'on jette aux chances du sort, celui de la femme est le fonds de réserve qui soutiendra la famille dans les jours de l'adversité.

C'est la nature des choses qui le veut ainsi.

Or le régime de communauté ne tient pas assez compte de cette idée. Il livre la femme désarmée aux instigations de son mari, il l'enveloppe dans sa ruine presque fatalement : car quelle femme a la force de sauver son patrimoine en refusant sa signature quand le mari la sollicite, investi tout à la fois de sa confiance et de l'autorité maritale!

Le régime dotal protège mieux l'avoir de la femme. Il assure du pain aux enfants, en frappant la femme d'incapacité pour tous les actes qui diminueraient sa dot, et en déclarant l'immeuble dotal inaliénable pendant le mariage.

Mais ce régime a été à son tour l'objet d'attaques violentes. On lui reproche avec raison d'isoler trop complètement les intérêts des époux, et de faire la part trop belle au mari, à qui tous les acquêts profitent. On lui reproche surtout d'entraver le mouvement de la propriété par l'inaliénabilité des immeubles ; d'être une cause de surprise pour les acheteurs; de jeter, par l'imprescriptibilité de ces mêmes fonds, une funeste incertitude sur les possessions les plus anciennes ; de priver, enfin, le mari du crédit qu'il devrait avoir si la femme pouvait venir à son secours dans des circonstances difficiles, soit en aliénant ses biens, soit en s'obligeant pour lui [1].

On voit que ces attaques prennent leur source

[1] V. un écrit *sur la Nécessité d'une Réforme dans le Régime*

dans l'esprit économique, dont l'influence tend à s'étendre sur la législation. Aussi peut-on remarquer en général que les pays commerçants préfèrent le régime en communauté, tandis que le régime dotal est mieux approprié aux convenances des populations agricoles.

Quoi qu'il en soit, il ne faut pas s'exagérer les vices de ce dernier régime. Il y a des pays où les propriétés sont presque inaliénables, sans que pour cela l'élan industriel y soit arrêté : il nous suffira de citer l'Angleterre.

L'inaliénabilité des biens sacrifie, dit-on, les intérêts du public à celui de la femme seule. Mais, d'abord, cela n'est pas exact : car ce n'est pas seulement des intérêts de la femme qu'il s'agit, mais de ceux de toute la famille, de ceux des enfants nés et à naître. Lors même que, pour atteindre ce résultat, la loi entraverait quelque peu l'esprit de spéculation, il resterait à savoir si cet inconvénient ne serait pas suffisamment racheté. Les besoins du fisc, ceux de l'industrie, ne doivent pas faire délaisser d'autres intérêts dignes aussi qu'on les protège.

Pour moi, je trouve que notre Code renferme un vice, en ce qu'il laisse à la femme trop de liberté, sinon pour s'obliger en général, du moins pour s'obliger dans l'intérêt de son mari : s'il est bon qu'elle se guide d'ordinaire par ses conseils, il est clair que,

dotal, publié par M. Marcel, notaire à Louviers. V. aussi Laboulaie, *de la Condition civile des Femmes*, p. 410.

quand il penche à sa ruine, ces conseils deviennent suspects. Comment ne sent-on pas que, de même que l'on a défendu au tuteur d'être *auctor in rem suam*, il faut aussi prêter un appui à la faiblesse de la femme contre des obsessions intéressées?

Les Romains avaient le sénatus-consulte velléien, qui interdisait à la femme de s'obliger pour autrui, dans le sens le plus étendu. Cette prohibition trop absolue ne saurait être réclamée aujourd'hui. Limitée au mari seul, elle aurait encore l'inconvénient d'empêcher la femme de venir à son secours dans un moment critique, lorsqu'elle peut le faire peut-être sans péril. Il faudrait un moyen terme difficile à trouver, une mesure flexible qui protégeât sans entraver, qui permît de résister à des exigences égoïstes, et de céder à la piété conjugale.

Ne pourrait-on point, par exemple, défendre à la femme de s'obliger pour son mari ou de vendre ses immeubles sans l'assistance de son père, ou de deux de ses proches dans le cas où celui-ci n'existerait plus?

Tant qu'une mesure de ce genre ne garantira pas les femmes des chances de ruine, il sera prématuré de réclamer la suppression du régime dotal.

Je ne nie pas, du reste, qu'on ne puisse apporter quelques rectifications au système de notre Code. Les immeubles pourraient être déclarés prescriptibles en faveur des possesseurs de bonne foi; l'on pourrait exiger la publicité des conventions matrimoniales, pour faire connaître aux tiers l'inaliéna-

bilité de la dot; on pourrait permettre l'aliénation plus facilement, à charge d'employer le prix en rentes sur l'Etat, qui auraient elles-mêmes la qualité d'inaliénables. Ces réformes et quelques autres feraient disparaître les inconvénients les plus saillants du régime dotal.

Je crois, en définitive, que le meilleur système serait celui dans lequel le régime de la dot se combinerait avec une société d'acquêts. Il y aurait de cette manière association pour l'avenir, et garantie pour le patrimoine acquis.

CHAPITRE XIV.

De la Transaction.

La transaction est un contrat par lequel deux personnes préviennent un procès à naître ou terminent un procès déjà né, au moyen de sacrifices réciproques.

Je dis que les sacrifices doivent être réciproques, parce que, si l'un adhérait purement et simplement aux prétentions de l'autre, il y aurait acquiescement, et non pas transaction.

Il faut aussi qu'il y ait eu procès né ou à naître. Non pas qu'on puisse encore, après la transaction, disputer sur le plus ou le moins d'évidence du droit des parties : car alors, au lieu de terminer les contes-

tations, elle serait plutôt une source de difficultés nouvelles. Mais cela signifie que la transaction serait nulle si, au moment où elle a été faite, le procès était tranché par un arrêt en dernier ressort, encore inconnu des parties. Que si elles le connaissaient, et que cependant elles eussent transigé, on supposerait qu'elles l'ont fait en vue des difficultés qui pouvaient s'élever soit sur les voies de nullité, soit sur les modes d'exécution.

Les parties ne peuvent transiger que sur les choses dont elles ont la disposition. Par conséquent les transactions ne sont pas possibles en général dans les contestations relatives à l'état des personnes. Observons cependant que si une action en nullité n'était ouverte que dans l'intérêt d'une seule personne, celle-ci serait toujours libre d'y renoncer par une transaction, comme elle pourrait le faire purement et simplement.

On dit vulgairement que la transaction a la force de la chose jugée en dernier ressort. Il serait plus juste de dire qu'elle a la force des contrats; car elle peut être attaquée d'après les mêmes règles que les contrats, et non point par les voies admises contre les jugements. Ainsi elle peut être déclarée nulle pour cause de violence, de dol, d'incapacité. A l'égard de l'erreur, il y a lieu aux observations suivantes :

Le contrat pourrait être rescindé, suivant le droit commun, si les parties ne s'étaient point entendues

sur les conditions de la transaction ou sur le droit litigieux qui en faisait l'objet.

Il ne pourrait pas l'être sous prétexte d'erreur sur le plus ou moins de certitude des droits des parties, parce qu'autrement on pourrait toujours revenir contre une transaction, en soutenant que les prétentions de l'un des contractants étaient évidemment fondées.

Quant à l'erreur sur la personne, elle ne devrait annuler la transaction qu'autant qu'il serait certain que sans cette erreur le contrat n'eût pas été formé. Ainsi, que l'un des plaideurs s'appelât Pierre ou Paul, qu'il fût fils d'une personne ou d'une autre, ce fait devrait être sans influence. Mais si, au contraire, il y avait erreur sur sa qualité, qu'il n'eût droit à l'objet du procès qu'en cette qualité, et que du reste l'intention des parties ne parût pas avoir porté sur ce point; si par exemple il avait transigé comme héritier sur un procès dépendant de la succession, et que plus tard l'héritier véritable vînt à l'évincer, il est clair que la transaction faite avec lui devrait tomber pour cause d'erreur sur la qualité d'héritier, puisqu'elle n'avait eu lieu qu'en vue de cette qualité.

CHAPITRE XV.

Du Compromis.

Le compromis est un contrat par lequel deux personnes ayant un différend choisissent un ou plusieurs arbitres auxquels elles en remettent la décision.

Ce contrat diffère de la transaction en ce que les parties, au lieu de se juger elles-mêmes, conviennent seulement d'un juge de leur choix qui prononcera entre elles. C'est un des modes les plus naturels de terminer les contestations dans l'état extrasocial entre ceux qui n'ont pas de supérieur commun.

Il est de l'essence du compromis que les parties désignent clairement la personne qu'elles prennent pour arbitre, le genre de contestation qui lui est soumis, et qu'en outre elles aient le droit de disposer de l'objet du litige. C'est d'après ce dernier principe qu'il n'est pas plus permis de compromettre sur la dissolution d'un mariage ou sur l'état d'une personne, qu'il ne le serait de rompre ce mariage ou de renoncer à cet état par un pacte direct.

Il n'y a aucune bonne raison pour déclarer le compromis résolu par la mort de l'un ou de l'autre des compromettants, et cela quand même le défunt laisserait des héritiers mineurs : car ce contrat contient une sorte d'aliénation conditionnelle que l'héritier doit respecter, lorsque la condition, c'est à-

dire le jugement de l'arbitre indiqué vient à s'accomplir.

Naturellement aussi ce jugement doit être sans appel, les parties ayant promis d'exécuter ce que l'arbitre déciderait, non pas comme étant l'expression de la justice que chacune d'elles croit avoir de son côté, mais surtout comme devant mettre fin à la difficulté qui les divise.

Deux personnes peuvent-elles convenir de soumettre à l'arbitrage d'un tiers nommément désigné tous les procès qu'elles pourraient avoir par la suite? —Dans l'état de nature, cette convention ne présenterait rien d'illicite. En se choisissant un juge permanent, les parties ne feraient que manifester le besoin qu'elles éprouveraient d'une autorité stable et régulière. Mais dans une société constituée, un pareil pacte serait nul, comme substituant un juge du choix des contractants au juge institué par la Société, et comme étant d'ailleurs suspect d'irréflexion ou de surprise, les parties ne pouvant prévoir d'avance la nature et l'importance des différends qui peuvent survenir entre elles.

Une autre question consiste à savoir si le mandat conféré à quelqu'un pour transiger lui donne le pouvoir de compromettre. — La capacité pour transiger est la même que celle pour compromettre : dans les deux cas il faut avoir le pouvoir d'aliéner la chose qui fait l'objet de la transaction ou du compromis. Mais ce n'est pas là qu'on doit chercher la raison de décider : car de ce que j'avais le droit de

faire une chose, il ne s'ensuit pas que j'en aie eu effectivement la volonté. Tout mandat doit s'exécuter suivant l'intention du mandant. La question se résout donc en celle-ci : Celui qui permet à quelqu'un de transiger en son nom, entend-il lui permettre de nommer un arbitre? Or rien n'est plus douteux, puisque le mandant peut avoir eu une confiance toute personnelle dans les lumières du mandataire.

Il faut décider à l'inverse que le pouvoir de compromettre n'embrasserait pas non plus celui de transiger : les contrats doivent s'exécuter suivant leurs termes, à moins que l'évidence n'autorise à leur prêter de l'extension.

CHAPITRE XVI.

Du Cautionnement.

Le cautionnement est un contrat par lequel une personne répond de l'exécution d'une obligation, pour le cas où le principal débiteur ne l'exécuterait pas lui-même.

Je le nomme le premier parmi les contrats de garantie, parce qu'il est le plus naturel et le plus ancien, les hypothèques supposant des cadastres et des livres publics, qu'on n'imagine pas chez des peuples primitifs. Aussi les Romains firent-ils un grand usage de ce contrat, dont les nombreuses variétés portaient

des noms différents. Dans le moyen-âge il était non-seulement d'une application journalière dans la procédure civile et criminelle, mais il servit même à une certaine époque de base à l'ordre social, et l'on organisa tout le système de la sécurité publique sur la responsabilité mutuelle des citoyens [1]. Aujourd'hui le cautionnement, quoique l'un des contrats les plus usuels, est restreint à des applications d'intérêt privé.

Le cautionnement est de sa nature un contrat accessoire qui présuppose l'existence d'une obligation principale. Il peut cependant la précéder; mais alors il est conditionnel, et ne se réalise qu'autant que l'obligation principale vient à être contractée. Par la même raison, si cette obligation est déclarée nulle, le cautionnement cesse de valoir comme cautionnement : ce qui n'empêche pas que s'il avait été donné en contemplation de la nullité, on ne pût le considérer lui-même comme une obligation principale consentie subsidiairement, pour donner toute sûreté au créancier. C'est ce qui aurait lieu si une personne cautionnait l'engagement d'un mineur en connaissance de cause.

Le cautionnement produit une double obligation : du fidéjusseur envers le créancier, et du débiteur envers le fidéjusseur.

1° *Obligation du Fidéjusseur.* — La caution doit payer si le débiteur ne paie pas. L'ordre naturel est

[1] V. page 409, à la note.

donc que le débiteur soit attaqué le premier, et que la caution ne le soit qu'après lui. On appelle *bénéfice de discussion* l'exception par laquelle elle renvoie le créancier à se pourvoir d'abord contre le débiteur; mais elle peut perdre ce bénéfice par une renonciation.

S'il y a plusieurs cofidéjusseurs, chacun d'eux, attaqué pour le tout, peut aussi exiger que le créancier divise son action entre tous les fidéjusseurs solvables. C'est le *bénéfice de division*. Toutefois il faut distinguer s'ils se sont engagés par le même acte, ou séparément : dans le second cas, il semble qu'ils n'ont pas droit à ce bénéfice, ayant chacun répondu de la totalité de la dette.

Il n'y a aucune raison pour qu'après la mort du fidéjusseur ses héritiers ne soient pas tenus comme lui, quoique plusieurs lois aient déclaré cette espèce d'obligation intransmissible.

2° *Obligation du Débiteur.* — Le débiteur est obligé d'indemniser le fidéjusseur qui a payé, de tout ce qu'il a déboursé en capital, intérêts et frais.

Si c'est sur l'invitation du débiteur que le cautionnement a eu lieu, il y a eu convention tacite que l'indemnité serait payée.

Si le cautionnement a été donné *ignorante debitore*, le recours n'est plus fondé sur une convention, mais sur un quasi-contrat, le débiteur se trouvant alors enrichi par cela même que sa dette a été acquittée.

Enfin, si le cautionnement avait été donné contrairement à la défense du débiteur, ce qui arrivera

rarement, le recours devrait encore avoir lieu jusqu'à concurrence de ce dont le débiteur se trouve enrichi : d'autant mieux que le créancier était libre de faire à qui bon lui semblait une cession de sa créance.

Par la même raison, rien n'est plus équitable que d'accorder à la caution le droit de se prévaloir des gages, hypothèques, et autres sûretés du créancier, dans la place de qui elle entre en quelque manière, afin d'assurer à son action en recours un rang plus favorable.

Le cautionnement, comme tous les contrats accessoires, prend fin d'abord par les diverses causes qui éteignent l'obligation principale, et ensuite par celles qui sont propres au fidéjusseur.

Ainsi, le créancier peut faire remise du cautionnement, tout en se réservant son action contre le débiteur. Il peut aussi faire une remise de la dette *(in rem)*, et il n'est pas douteux que le fidéjusseur n'ait qualité pour l'accepter, même au nom de son co-obligé. Mais on ne doit pas considérer comme une décharge du cautionnement le fait d'avoir attaqué d'abord le débiteur, car c'est la marche naturelle à suivre : la maxime *Electo reo principali fidejussor liberatur* ne fut jamais conforme à la raison.

Il y aurait encore extinction du cautionnement si le créancier devenait l'héritier du fidéjusseur ou du débiteur principal, ou bien si l'un de ceux-ci devenait l'héritier du créancier.

CHAPITRE XVII.

Du Gage.

Le gage est un contrat par lequel le débiteur remet à son créancier, pour sûreté de sa créance, une certaine chose qui devra lui être restituée après l'acquittement intégral de la dette.

Ce contrat est essentiellement accessoire, et par conséquent il ne peut être valable qu'autant qu'il existe une obligation principale dont il sert à garantir l'exécution.

Le droit qui en résulte pour le créancier consiste à retenir la chose engagée, à la faire vendre faute de paiement à l'échéance, et à se payer par préférence sur le prix, dont le résidu seul doit être remis au débiteur. Ce droit est indivisible, en ce sens, que chaque partie du gage répond de la totalité de la dette, et que par conséquent le débiteur qui rembourse moitié ne peut pas demander à rentrer en possession de moitié de la chose livrée à son créancier. Et il faut observer que les frais légitimement faits par le créancier pour la conservation du gage, participent au même privilége que la créance originaire.

Le droit du débiteur est d'exiger la restitution des objets engagés, dès qu'il a payé sa dette en capital, intérêts et frais.

On repousse, comme lésionnaire, la clause que le gage, faute de paiement à l'échéance, appartiendra de plein droit au créancier en acquit de ce qui lui est dû.

Parmi les variétés du gage on compte l'*antichrèse*, qui s'exerce sur les immeubles, et qui consiste à en remettre la possession au créancier avec le droit d'en percevoir les fruits, lesquels se compensent avec les intérêts de la dette, soit à forfait, soit jusqu'à due concurrence.

Il existe au milieu de nos sociétés modernes une institution dans laquelle le contrat de gage fonctionne sur une grande échelle, ce sont les monts-de-piété : sous prétexte de venir en aide à la classe pauvre, la loi y autorise le genre de prêt le plus usuraire, puisque, sans aucun risque à courir pour le prêteur, l'intérêt s'y élève de 12 à 17 p. 100. Il n'en résulte cependant que peu ou point de bénéfices, à cause des frais d'administration, qui sont considérables. Les économistes croient ces établissements plus nuisibles qu'utiles, et ils ne se soutiennent que par la difficulté qu'il y aurait à retirer à la classe indigente une ressource sur laquelle elle est habituée à compter [1].

[1] Les monts-de-piété furent fondés en 1484, à Mantoue, par Bernardin de Feltre, depuis canonisé, comme maisons de prêt gratuit. Dès l'an 1521, Léon X permit d'exiger un intérêt des déposants. Les monts-de-piété ne furent établis en France qu'en 1777. Celui de Paris reçoit par an 600,000 gages d'une valeur de 30 millions, sur lesquels il est prêté de 20 à 22

CHAPITRE XVIII.

De l'Hypothèque.

Bien que l'hypothèque ne soit qu'un contrat spécial, comme elle est la cause la plus fréquente d'inégalité entre les créanciers, elle nous fournira l'occasion d'examiner ici d'une manière générale l'ordre qui doit être établi entre eux lorsqu'il y a lieu d'exproprier le débiteur commun.

Dans l'état de choses actuel on distingue les créanciers en trois classes : les créanciers privilégiés, les créanciers hypothécaires, et les créanciers chirographaires ou cédulaires.

Les créanciers privilégiés passent avant tous les autres en vertu de leur privilége, bénéfice que la loi attache à la créance à raison de sa nature favorable, ordinairement dans une vue d'humanité, ou dans le but d'assurer la conservation même de la chose sur laquelle le privilége est assis. Entre eux, les privilégiés prennent rang, non pas d'après leur

millions à 12 p. 100. Mais si le prêteur s'adresse à l'un des vingt-cinq commissionnaires reconnus par l'Administration, l'intérêt s'élève à 15, et même à 17 dans le cas où il y a renouvellement. Néanmoins le bénéfice net, que la loi attribue en totalité aux hospices, n'est que de 400,000 fr. V. Lafarelle, *du Progrès social*, t. II, p. 25.

ancienneté, mais d'après le plus ou moins de faveur qui leur est dû.

Les hypothécaires viennent en seconde ligne, et se classent *ex tempore*, d'après la date de l'inscription de leur hypothèque sur des registres publics.

Enfin, les chirographaires ou cédulaires sont les simples créanciers n'ayant ni privilége ni hypothèque. Ils forment la troisième masse, et viennent tous par concurrence, sans égard à l'ancienneté de leur titre.

Il importe d'abord d'examiner jusqu'à quel point est juste le système de l'égale concurrence des créanciers, qui forme la règle générale à moins qu'une circonstance exceptionnelle ne vienne rompre l'égalité. Or cette règle ne se justifie pas facilement. En effet, il est conforme à l'équité aussi bien qu'aux principes que les plus anciens soient préférés en vertu de leur ancienneté même. Qui s'oblige oblige le sien; et par conséquent celui qui a concédé un droit sur ses biens n'a plus la faculté de concéder un droit pareil à une seconde personne, au moins au même rang. A bien plus forte raison, il n'est pas juste que celui qui s'est obligé envers un créancier puisse, en s'obligeant envers un second, lui donner le pas sur le premier au moyen d'une hypothèque : c'est rendre facultative l'exécution des engagements, c'est permettre de se jouer des obligations les plus sacrées.

On objecte à cela que le créancier diligent doit l'emporter sur celui qui n'a pas pris ses précau-

tions. Mais la question est précisément de savoir s'il est bon que de pareilles précautions soient autorisées, et qu'il dépende d'un homme de s'engager plus ou moins fortement envers des créanciers qui sont tous ses créanciers légitimes.

On objecte encore que le crédit serait détruit s'il n'était pas permis de concéder des hypothèques, parce qu'alors il y aurait impossibilité de savoir ce qu'un homme a de dettes, et que la confiance serait par-là même exilée des transactions. Cela est vrai; mais aussi ce n'est pas au système actuel de la concurrence que je proposerais de revenir.

Selon moi, l'organisation la plus rationnelle serait celle où l'on appliquerait à toute créance la maxime *Potior tempore, potior jure,* mais à la charge que cette créance fût rendue publique par une inscription.

En d'autres termes, toute créance devrait emporter hypothèque par elle-même, comme le faisaient anciennement les actes notariés, et comme le font encore aujourd'hui les jugements, et cela sur tout le patrimoine du débiteur, sur les meubles comme sur les immeubles.

Dans ce système, il faudrait que l'inscription des titres, qui rendrait désormais inutile la formalité de l'enregistrement, pût s'opérer d'une manière rapide et peu coûteuse. La réduction des droits serait compensée par leur multiplicité même; et, d'ailleurs, les considérations fiscales ne sont pas des raisons de droit.

On objectera que la publicité qui résulterait d'un tel état de choses diminuerait le crédit individuel. J'y verrais, quant à moi, peu d'inconvénient, puisque en définitive, chacun mettant ainsi ses affaires à jour, aurait le crédit qu'il doit avoir, et rien au-delà. Le débiteur ne pourrait plus, il est vrai, marcher sur un crédit fictif; un homme ruiné ne passerait pas pour millionnaire, il n'emprunterait pas l'argent des dupes pour ne pas le rendre. Si c'est là le bienfait du crédit, c'est un bienfait dont je ne veux pas.

Chacun pourrait à chaque moment connaître ce que doit tel individu; il saurait que tous les créanciers antérieurs lui seront préférés : ce serait à lui de voir s'il veut contracter ou non.

L'hypothèque serait alors supprimée comme moyen de conférer volontairement une préférence à un créancier sur les autres, ce qui est contraire à la justice. Il faut tout l'empire des habitudes acquises pour ne pas être frappé de cette idée.

Autre chose est des priviléges, qui tiennent à la nature de la créance, et non à la volonté du débiteur. On ne peut disconvenir qu'il n'y ait des droits plus sacrés les uns que les autres : il appartient dès-lors au législateur d'attribuer la préférence aux premiers, sauf à déterminer clairement le nombre des créances privilégiées et le rang qu'elles auront entre elles. Ce sont des détails d'application dans lesquels je ne peux pas entrer.

En émettant ces idées, je n'ai pas l'espérance qu'elles puissent se réaliser dans un avenir pro-

chain. On ne passe jamais aussi brusquement d'un état de choses à un état diamétralement contraire. Mais je n'en suis pas moins persuadé que tout pas fait pour se rapprocher de l'organisation que je viens d'indiquer serait un progrès vers les idées de justice universelle qui doivent présider aux institutions sociales [1].

§ I.

De l'Hypothèque en général.

L'hypothèque est une variété du droit de gage qui ne se conçoit pas naturellement : car, d'un côté, il n'est pas juste, ainsi qu'on vient de le dire, que le débiteur soit le maître de donner la préférence à l'un de ses créanciers; et d'autre part, il est difficile de comprendre comment une simple convention, non suivie de la remise de la chose, assurera au créancier le droit d'être payé sur le prix de cette chose par préférence à tous autres, en quelques mains qu'elle vienne à passer.

Aussi, partout l'hypothèque a commencé par se

[1] Le système indiqué n'a été adopté nulle part; mais il s'en faut beaucoup que le principe de la concurrence soit aussi général partout qu'il l'est chez nous. La loi de Bavière établit six catégories de créanciers dans un certain ordre hiérarchique. En Espagne, ceux qui ont un titre authentique passent après les hypothécaires et avant les simples cédulaires; et parmi ceux-ci, ceux dont le titre est sur papier marqué ont la préférence. (Sala, lib. II, c. 18.)

produire sous une forme plus rationnelle que celle qui lui appartient de nos jours. Elle fut d'abord accompagnée de la remise de la chose au créancier, qui en restait nanti. Souvent, comme en Angleterre, elle apparut sous la forme d'une vente à réméré, avec cette clause, que, faute d'être rachetée dans un certain délai, la chose serait définitivement perdue pour le débiteur. Telle fut l'origine du mort-gage des Anglais, qui dégénéra peu à peu en hypothèque, quand le créancier négligea de se mettre en possession de l'objet affecté à sa créance [1].

L'hypothèque est un produit des législations perfectionnées. Elle n'est admissible qu'avec un système de publicité qui permette de connaître l'état de fortune d'un homme ainsi que toutes les charges qui grèvent ses biens.

Dans nos mœurs, l'hypothèque ne peut frapper que des immeubles, les biens mobiliers n'ayant pas d'assiette fixe, et la sûreté des relations voulant

[1] Primitivement, le mort-gage des Anglais n'était valable que si le créancier s'était mis en possession. Plus tard on convint que la chose resterait au débiteur, et que le créancier pourrait seulement prendre possession faute de paiement au jour dit. Enfin, la Cour d'équité admit, sous le nom d'*equity of redemption*, la possibilité pour le débiteur de dégager sa chose, en payant intérêts et capital, mais avec la restriction que ce rachat aurait lieu dans les vingt-cinq ans, et que le créancier pourrait, même avant ce délai, faire vendre la chose pour se payer, ou faire arbitrer par la Justice un terme après lequel il deviendrait propriétaire incommutable. Du reste, nulle publicité pour ces droits, qui sont purement latents. V. Blackstone, liv. II, ch. 10; Tomlins, *Law-Dictionary*, v° *Mort-Gage*, § 3.

qu'on puisse acheter ces sortes de biens avec une entière sécurité.

L'effet de l'hypothèque est double : elle donne un droit de préférence, en vertu duquel le créancier prime tous les créanciers postérieurs à la date de son inscription; elle donne aussi un droit de suite, qui permet de poursuivre les biens hypothéqués, même après que le débiteur les a fait sortir de son patrimoine en les aliénant.

§ II.

Des diverses Espèces d'hypothèques.

Considérées par rapport à leur origine, les hypothèques se divisent en hypothèques légales, en hypothèques judiciaires, et en hypothèques conventionnelles.

L'hypothèque légale est celle que la loi confère elle-même, le plus souvent par un motif de faveur pour la personne du créancier, par exemple lorsqu'il s'agit d'un incapable qui se trouve dans l'impossibilité de stipuler la garantie de ses intérêts. C'est ainsi qu'on a accordé une hypothèque légale au pupille sur les biens de son tuteur, à la femme sur ceux de son mari. La faveur de la personne emporte même pour l'incapable la dispense de l'inscription; la femme, le mineur, ou l'interdit, n'étant guère en position de remplir cette formalité. Leur hypothèque

reste donc occulte; elle prend rang du jour du mariage ou de l'ouverture de la tutelle.

L'hypothèque judiciaire est celle qui résulte de plein droit de tout jugement, afin d'assurer l'exécution des condamnations qui y sont contenues. Le principe de cette hypothèque est sujet à beaucoup de critiques. On ne voit pas pourquoi le créancier qui a obtenu un jugement serait préférable à celui qui n'en a pas obtenu, ou qui n'en a obtenu que plus tard. La nature des jugements n'est pas de faire acquérir le droit, mais simplement de déclarer où il se trouve. Il n'y a donc aucun motif de préférer le créancier qui a fait reconnaître son droit par la Justice à celui qui a un titre émané du débiteur lui-même. Aussi cette hypothèque n'est-elle pas admise partout; mais si on l'admet, il serait juste au moins de faire concourir avec le créancier ayant hypothèque judiciaire tous ceux qui sont nantis d'un titre ayant date certaine avant le jugement [1].

Enfin, l'hypothèque conventionnelle est celle que le débiteur concède volontairement à son créancier. Le principe en est encore plus contestable que celui de l'hypothèque judiciaire: car, nous l'avons déjà dit, rien n'est plus contraire à la justice que cette faculté, pour un homme tenu de plusieurs dettes, de pouvoir choisir celui de ses créanciers qu'il veut payer, et celui qu'il veut frustrer de sa créance.

[1] En Hollande, on a rejeté l'hypothèque judiciaire.

§ III.

De la Publicité des Hypothèques.

Les législations anciennes ne prirent aucune précaution pour assurer la publicité des hypothèques. Il était impossible par conséquent au prêteur de savoir s'il n'était pas primé par d'autres, comme à l'acheteur de traiter avec quelque sûreté. Quand les idées économiques eurent acquis de la consistance, on sentit le besoin de subordonner la validité des hypothèques à une formalité qui les portât à la connaissance de tous. Cette formalité fut l'inscription sur un registre public que chacun eut le droit de consulter.

L'inscription seule donne la vie à l'hypothèque, en même temps qu'elle détermine le rang du créancier. Jusque là le titre de celui-ci renferme plutôt le germe du droit hypothécaire que l'hypothèque elle-même.

Cette inscription doit contenir tout ce qu'il importe aux tiers de connaître, c'est-à-dire mentionner sommairement le nom et la désignation du créancier et du débiteur, les biens frappés de l'hypothèque, le montant des sommes dues, ainsi que la cause en vertu de laquelle elles le sont.

§ IV.

Vices de notre Régime hypothécaire, et Réformes proposées.

Nous jouissons en France du bénéfice de la publicité; et cependant les dangers que courent les prêteurs sur hypothèque sont si grands, notre régime hypothécaire présente tant de vices, que le crédit foncier est presque nul. Il n'existe pas une nation agricole chez qui la propriété soit plus maltraitée, grevée de plus de charges, plus gênée dans ses mouvements, sujette à plus d'incertitude [1]. Aussi les critiques n'ont-elles pas manqué à notre système hypothécaire, dans lequel il est urgent de pratiquer des réformes.

Les vices qu'on lui reproche se résument dans les points suivants :

Ce n'est pas tout que d'exiger l'inscription des

[1] Le revenu foncier est évalué en France à 1,600 millions. Mais on a fait le tableau suivant des charges que ce revenu supporte :

Impôt foncier	250	millions.
Droit d'enregistrement	90	
Honoraires des notaires, frais hypothécaires.	90	
Intérêts de la dette hypothécaire.	500	
	930	

Les 58/100 du revenu sont donc absorbés par les charges qui pèsent sur les propriétés immobilières.

hypothèques, pour que les créanciers postérieurs puissent traiter avec sûreté : car la première condition, pour acquérir une hypothèque valable, est d'être assuré que le débiteur est propriétaire des biens qu'il affecte. Or, dans notre droit, il n'y a jamais certitude sur ce point.

Il peut avoir vendu, et la loi ne donne aucune publicité aux ventes.

Il peut avoir concédé un usufruit, et la loi ne donne aucune publicité au droit d'usufruit.

Il n'y a pas de moyen de savoir si l'immeuble est, ou non, grevé de servitudes, s'il est affecté de droits de résolution, de réméré ou de retour.

Les hypothèques légales non inscrites des mineurs et des femmes sont une autre cause de déception pour les acheteurs comme pour les prêteurs [1].

Il faut, pour acquérir une hypothèque valable, que le débiteur ait capacité à l'effet de la concéder. Or la loi ne prend aucune mesure, ou du moins elle ne prend que des mesures insuffisantes, pour porter à la connaissance du public les variations survenues dans la capacité des citoyens.

Enfin, les frais d'acte notarié, d'enregistrement, d'inscription, de main-levée, d'expropriation forcée, sont si considérables, qu'ils rendent impossible le prêt de petites sommes sur de petites propriétés [2].

[1] V., dans Decourdemanche, l'analyse de trente-huit arrêts notables par lesquels des tiers ont été évincés par suite de l'hypothèque légale non inscrite.

[2] Il y a moyennement par an 600,000 inscriptions hypothé-

Parmi les plans de réforme proposés, il en est deux surtout qui méritent mûre considération, soit parce qu'ils tranchent profondément dans le mal, soit parce qu'ils émanent d'hommes d'expérience qui avaient fait de ces questions l'objet de leurs études spéciales [1].

Le premier consisterait dans la création d'une conservation des droits réels et personnels, où seraient inscrits tous les faits juridiques concernant les citoyens ayant leur domicile dans le ressort de cet office [2]. Chaque individu y aurait sa colonne, mentionnant les actes de naissance, de mariage et de décès, les jugements d'interdiction, les délations de tutelle, les déclarations de faillite, les contrats intéressant la propriété, les actions réelles dirigées contre lui. Pour faciliter la tenue de ce registre, aucun officier public ne pourrait instrumenter pour un citoyen sans se faire représenter un certificat de domicile, et, aussitôt l'acte reçu, il en transmettrait la mention par la poste, et gratuitement, au conservateur du lieu de ce domicile. Les seules inscriptions concernant un immeuble spécial continueraient à être faites au bureau de la situation.

caires, dont moitié pour des sommes au-dessous de 500 fr. Or le minimum des frais d'inscription et de main-levée est, suivant M. Loreau (p. 225), de 42 fr. 85 c.

[1] Je veux parler des projets de MM. Decourdemanche et Loreau. — Decourdemanche, *du Danger de prêter sur hypothèque*, 1re édition, Paris, 1830; 2e édition, Paris, 1836. — Loreau, *du Crédit foncier et des Moyens de le fonder*, Paris, 1841.

[2] Système de M. Decourdemanche.

Lorsqu'il y aurait lieu à translation de domicile, la première condition serait de faire au bureau de la conservation des droits réels et personnels une déclaration du nouveau domicile choisi; et le conservateur transmettrait alors, comme ci-dessus, toutes les indications portées sur son registre au conservateur du domicile nouveau.

Enfin, l'on propose d'établir des sociétés d'assurances qui, moyennant une prime, garantiraient la valeur des biens hypothéqués, et se chargeraient d'en poursuivre au besoin l'expropriation à l'échéance.

Le second système[1] aurait pour idée fondamentale d'incorporer dans l'organisation hypothécaire les formalités de l'enregistrement, les opérations cadastrales, et les écritures relatives à l'assiette et à la perception de l'impôt. Pour réaliser cette pensée, on établirait au bureau d'enregistrement de chaque canton un registre où seraient inscrits :

1° Le nom, l'âge de chaque individu ayant son domicile dans la circonscription cantonale, son état de minorité, d'interdiction, de faillite, etc.;

2° La désignation des biens qu'il possède dans chaque commune du canton, avec l'indication de leur revenu imposable;

3° Tous les mouvements de la propriété dans ses mains, ventes, donations, constitutions d'usufruits, de servitudes, de réméré, baux, antichrèses, etc.;

[1] Celui de M. Loreau.

4° Les actes de mariage, de société, les jugements de séparation de corps ou de biens ;

5° Les inscriptions hypothécaires ;

6° Les poursuites en expropriation et les autres actions réelles formées contre lui ;

7° Enfin, en cas de décès, les noms de ses héritiers, et leur acceptation ou renonciation.

Afin de mettre à jour l'état de la propriété foncière, les plans cadastraux ne seraient pas laissés de côté dès qu'ils ont servi à faire la matrice des rôles; mais on les tiendrait régulièrement au courant des mouvements de la propriété, en y figurant les mutations survenues. De cette manière, la spécialité de l'hypothèque cesserait d'être une fiction; et de plus, au moyen de la cote d'impôt et de l'énoncé du revenu, il y aurait impossibilité d'induire les tiers en erreur sur la valeur des héritages.

Les avantages de ce système seraient de réunir sous la main d'un seul fonctionnaire toutes les énonciations utiles à connaître pour celui qui veut contracter, la capacité, l'état des biens, leur valeur, les charges qui les grèvent, même celles qui, comme les hypothèques légales, sont occultes aujourd'hui. Enfin, il joindrait à la sécurité l'économie, puisque les parties ne seraient plus obligées que de présenter leurs actes au bureau de l'enregistrement, et que toutes les indications dont il vient d'être parlé en seraient extraites par les agents attachés à ce bureau, sans qu'il fût besoin de multiplier comme aujourd'hui les écritures.

Tels sont les projets dont j'ai cru devoir signaler l'ensemble, comme contenant le germe d'améliorations désirables, sans avoir, du reste, le temps et l'espace nécessaires pour en examiner les détails, et pour montrer les difficultés que leur exécution pourrait rencontrer dans certains points.

CHAPITRE XIX.

Du Contrat d'Assurance.

Le contrat d'assurance est essentiellement un contrat de garantie, quoiqu'il diffère de ceux précédemment énumérés, en ce qu'il est principal de sa nature, et non pas seulement accessoire à un autre contrat. Il présuppose deux parties, l'assureur et l'assuré: le premier s'engage à payer une certaine somme représentative de la valeur d'un objet, pour le cas où cet objet viendrait à périr par suite d'une circonstance prévue; le second promet de son côté, comme prix de l'assurance, une somme qui a reçu le nom de *prime*.

Ce contrat est, pour ainsi dire, d'invention moderne. C'est pour cela que, malgré ses grands développements, il n'a pas encore conquis sa place dans nos lois civiles. Le Code de commerce s'en est seul occupé au point de vue des assurances maritimes. Eclos d'hier sous l'influence des besoins de la civi-

lisation, le contrat d'assurance, appelé à de hautes destinées, n'a pour se régir que les principes généraux qui gouvernent les conventions.

L'existence de la chose assurée n'est pas nécessaire au moment de la formation du contrat. En effet, l'objet du contrat d'assurance n'est pas la chose assurée, mais une chance réciproque de gain subordonnée à sa perte ou à sa conservation. Tout ce qu'il faut, c'est que les parties ignorent, au moment de l'assurance, ou que la chose est périe, ou qu'elle a définitivement échappé au danger, puisque, si l'une ou l'autre de ces circonstances était connue, il n'y aurait plus rien d'aléatoire. S'il en est autrement dans la vente, si la chose vendue doit exister à l'instant de la convention, c'est que les contractants entendent traiter sur cette chose elle-même, et non sur les risques auxquels elle a pu être exposée.

D'après la définition que nous avons donnée plus haut, la somme due par l'assureur en cas de sinistre n'est pas le prix de la chose périe, mais la représentation des primes payées. Il en résulte les conséquences les plus graves relativement aux créanciers hypothécaires, qui, en cas de perte de leur gage, n'ont aucun droit sur l'indemnité. S'il est logique de considérer l'assurance comme un jeu de hasard, comme un enjeu avec espérance de gain sous telle condition prévue, il faut reconnaître qu'elle n'a ce caractère ni dans l'intention des contractants, ni dans l'opinion publique. Aux yeux de tous, l'indemnité payée est le prix de l'objet assuré.

Aussi est-il regrettable que la loi n'ait pas tracé les règles de ce contrat : car elle aurait sans doute tranché la question dans un sens plus approprié aux exigences des affaires.

Dans l'état de nature, comme on l'a très-bien dit, chacun porte le poids de sa destinée; l'état de civilisation tend au contraire à égaliser les chances. Le contrat d'assurance, en se combinant avec celui de société, répartit ces chances sur un grand nombre de têtes, et par-là les rend insensibles. Aussi, depuis quelques années, a-t-il reçu dans ses applications nouvelles les plus heureux développements. Après avoir commencé par n'être usité que pour les risques de la navigation, il s'est multiplié de nos jours sous la forme d'assurances contre l'incendie, contre la grêle, contre la maladie dans la classe ouvrière, et il est susceptible de se plier dans l'avenir à beaucoup d'autres nécessités.

Plus un danger sera grave, fréquent, menacera généralement une classe nombreuse de personnes, plus il appellera naturellement le secours du contrat d'assurance. Plus, au contraire, la prudence humaine aura d'action pour s'en garantir, moins ce contrat pourra s'y accommoder.

De même aussi, l'une des conditions de son application est une certaine uniformité dans les chances qui pèsent sur chacun. Voilà pourquoi les assurances contre la perte des procès ou contre l'insolvabilité des débiteurs ne pourront jamais réussir que difficilement.

Un dernier progrès reste à faire : il consisterait à rendre le contrat d'assurance obligatoire pour tous les citoyens vis-à-vis du Gouvernement, qui percevrait la prime sous la forme d'un impôt. Alors une vaste solidarité relierait entre elles toutes les parties du territoire. Les grasses récoltes de l'Alsace ou de la Beauce répondraient au berger des Pyrénées de la mortalité de son troupeau. Les profits de l'armateur aideraient le propriétaire à relever sa maison incendiée. On ne verrait plus, comme aujourd'hui, les chances du recrutement porter le deuil au hasard dans les familles ; mais celles qui fourniraient leur tribut en hommes recevraient des autres une indemnité en argent. L'orage qui ruine un canton crèverait alors sur toute la France, et le mal n'aurait, pour ainsi dire, plus de prise sur l'union compacte des intérêts.

Il est au contraire d'autres dangers auxquels la Société ne pourra jamais porter remède. Ainsi, quoiqu'on l'ait proposé, il ne sera jamais politique de rendre le Trésor responsable du dommage causé à des particuliers par un crime. Ce serait encourager les délits contre la propriété privée, que de donner à entendre que c'est contre l'Etat qu'on les commet ; ce serait d'ailleurs éteindre dans l'homme l'esprit de prévoyance qu'il déploie pour défendre ses intérêts.

CHAPITRE XX.

Des Contrats innommés.

Le mot de *contrats innommés* avait une signification toute spéciale dans le droit romain, qui, n'attachant d'action qu'à un petit nombre de conventions décorées du titre de contrats, déniait à tous les autres pactes la force obligatoire. Cependant les jurisconsultes, avec le temps, avaient porté atteinte à une maxime si gênante, en faveur des pactes synallagmatiques qui auraient été exécutés par l'une des parties, afin de contraindre l'autre à tenir également sa parole. Ce sont ces pactes qu'on appelait des contrats innommés. Dans leur variété infinie, on les avait classés sous les quatre grandes divisions suivantes : *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias.* Ainsi le pacte d'échange (*do ut des*), inefficace tant qu'il n'y avait eu qu'une simple promesse, devenait contrat innommé et produisait une action dès que l'un des contractants avait livré la chose par lui promise.

En ce sens, les contrats innommés ont disparu, depuis que la différence des pactes et des contrats fut supprimée sous l'influence du droit canonique.

Mais il n'en reste pas moins, en dehors des con-

trats qui par leur antiquité et leur fréquence ont reçu un nom spécial, d'autres conventions que la loi n'a pas dénommées. L'usage leur assure quelquefois un nom. Elles paraissent et disparaissent suivant les époques, après avoir rendu à la Société des services en retour desquels la législation n'a pas même daigné leur accorder le droit de bourgeoisie.

Tel était, chez les Romains, le contrat d'*auctoramentum*, par lequel un homme s'engageait, envers l'entrepreneur des jeux publics, à combattre comme gladiateur pendant un certain temps; il prêtait serment de soumission complète (*uri, vinciri necarive*), et, quoiqu'il ne perdît pas la qualité d'homme libre, si quelqu'un le détournait ou le cachait, son maître avait l'action de vol, comme pour un esclave [1].

En Russie, jusqu'au XVIIe siècle, et même plus tard, on connaissait un contrat par lequel une femme abandonnait ses biens à quelqu'un, à charge par celui-ci de la nourrir, de la loger, et même de la doter si elle se mariait [2]: symptôme d'une société où le faible avait besoin de se mettre sous la protection du fort! contrat par lequel la femme se créait une parenté factice, puisque c'étaient là précisément les obligations que la loi imposait au frère vis-à-vis de sa sœur!

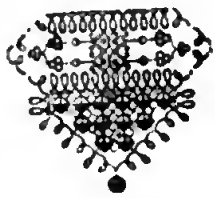
Chez nous, enfin, les traités de remplacement

[1] ACRON. *ad Horat.*, sat. II, 7, 58 PETRON. c. 117. GAIUS, *Instit.*, III, 199.

[2] REUTZ, § 287.

militaire offrent encore un exemple de ces contrats sans nom, qui ne se classent parmi aucune des conventions connues, qui ne sont ni des louages, ni des ventes, ni des sociétés, mais que les circonstances amènent avec elles, et qui se représentent à chaque siècle avec des physionomies diverses. Les contrats des leudes et de leurs gasindes, qui nous paraissent bizarres dans l'histoire des Francs, ne se retrouvent-ils pas aujourd'hui dans les enrôlements militaires?

Inutile de multiplier ces exemples. Chaque époque invente ses contrats, puis elle les délaisse quand ils lui deviennent inutiles. Ces contrats innommés, qui se développent en dehors de la législation, n'ont alors pour se régler que les grands principes d'équité naturelle sur lesquels repose la théorie des conventions en général.



LIVRE SIXIÈME.

DES PREUVES JUDICIAIRES.

Digitized by Google

SOMMAIRE DU LIVRE SIXIÈME.

Des preuves en général, de la certitude et de la probabilité. — A qui incombe la preuve. — Des choses qui peuvent être prouvées. — De quelques modes de preuve autrefois admis : ordalies, duel judiciaire, serments, etc. — Des divisions des preuves. — *Preuve préconstituée.* — De la preuve littérale. — *Preuve casuelle.* — De la science personnelle du juge. — De l'expertise. — De la preuve testimoniale. — De l'aveu. — Du serment. — Des présomptions.

CHAPITRE PREMIER.

Des Preuves en général, de la Certitude et de la Probabilité.

Les droits ont par eux-mêmes une existence indépendante de la preuve qui peut en être rapportée. Cependant, si l'on réfléchit qu'un droit qui ne peut pas être prouvé est aux yeux de la Justice comme s'il n'existait pas; si l'on pense qu'il serait dangereux d'abandonner à l'arbitraire du juge le choix des preuves et la question de leur suffisance; s'il est vrai, d'ailleurs, que les règles établies en cette matière peuvent beaucoup pour diminuer le nombre des procès; l'on se convaincra que la détermination des preuves rentre comme partie essentielle dans la philosophie du droit.

On entend généralement par *preuve* ce qui fait pénétrer la certitude dans notre esprit.

Les philosophes ne sont point d'accord sur ce que c'est que la certitude. Comme les vérités les plus évidentes ont été niées, et comme ce sont même souvent celles-là qu'il est le plus difficile de démontrer par le raisonnement, le problème de la certitude est encore en suspens dans les écoles. Nous n'avons pas à nous engager dans des questions de pure métaphysique; mais, en nous bornant à ce qui concerne la jurisprudence, c'est-à-dire à la preuve matérielle des faits, on doit convenir qu'il est bien rare, pour ne pas dire impossible, qu'un fait soit prouvé avec certitude, et que tout ce que nous pouvons espérer est un degré de probabilité plus ou moins grand.

A qui n'est-il pas arrivé de croire qu'il a rencontré telle personne à telle heure, en tel lieu, d'en avoir une conviction suffisante pour en déposer en justice s'il avait été appelé à le faire, et d'acquérir ensuite la preuve qu'il s'était trompé, abusé par quelque ressemblance? Si nous pouvons être ainsi la dupe de nos propres organes, que sera-ce quand nous ne jugeons que sur le témoignage d'autrui?

On a vu, dans des procès criminels, de nombreux témoins déposer avec toutes les apparences de la bonne foi d'un meurtre accompli sous leurs yeux, décrire toutes les circonstances du crime dans le plus grand détail, s'accorder merveilleusement ensemble, sans qu'un concert parût possible, et puis la victime re-

venir ensuite d'un voyage, en déclarant ignorer complètement le prétendu attentat dont elle avait été l'objet.

La certitude complète est donc impossible. Elle l'est aussi bien dans les rapports juridiques que dans les actes de la vie ordinaire. Si nous n'agissions qu'en vertu de la certitude, nous ne pourrions ni sortir dans la rue, parce qu'une tuile peut nous tomber sur la tête, ni goûter d'aucun aliment, parce qu'il peut être empoisonné. Nous ne nous conduisons en tout que par la probabilité; et, de même que nous nous exposons à la mort en sortant, parce qu'il y a cent mille chances contre une qu'aucun accident ne nous arrivera, de même le juge condamne un accusé quand il lui paraît que le nombre des chances de culpabilité dépasse de beaucoup celui des chances contraires. Dire qu'il ne pourrait le condamner que s'il avait la certitude du crime, ce serait supprimer toute justice et absoudre d'avance tous les attentats.

Lorsque les chances se balancent de part et d'autre, on dit qu'il y a incertitude. Il serait plus juste de dire qu'il n'y a point de probabilité, ou que la probabilité n'est pas assez grande. Quant au point de savoir de combien il faudra que les chances *pour* dépassent les chances *contre*, afin que la conviction du juge soit formée, on sent que les faits de conscience ne peuvent se graduer avec assez de précision pour qu'on puisse poser des règles à cet égard.

Quoi qu'il en soit, il résulte de ce qui précède, qu'il n'est pas possible d'espérer des preuves ju-

ridiques une certitude complète; qu'elles se réduisent toutes à des présomptions; mais que dans l'usage ordinaire on s'en contente, et qu'on regarde une chose comme établie, quand son existence est assez probable pour autoriser à agir comme si elle existait véritablement.

On appelle *preuve*, dans le langage juridique, tout fait que la loi ordonne ou permet au juge de regarder comme démontrant l'existence d'un autre fait.

La déposition des témoins est une preuve, parce que la loi *permet* au juge de croire à tel fait, lorsque des témoins l'affirment sous les conditions qu'elle détermine.

L'écriture est une preuve, parce que la loi *ordonne* au juge de croire à un fait, lorsqu'un écrit signé de la partie ou d'un officier public en contient l'attestation.

La meilleure loi en cette matière serait sans doute celle qui placerait le moins souvent le magistrat dans la nécessité de prononcer contrairement à sa conscience. Sous ce rapport, il paraîtrait peut-être sage de s'en remettre à lui sur le choix des preuves et sur la question de savoir s'il est convaincu. Ce système n'aurait que peu d'inconvénients, si tous les juges étaient également bons, également éclairés et également impartiaux, et si, en outre, on pouvait convaincre le public qu'ils possèdent toutes ces qualités. Mais, en fait, les hommes sont plus ou moins difficiles à persuader : cela dépend des caractères, et quelquefois, dans le même individu, de l'état de

santé ou de maladie, du froid ou du chaud, d'une bonne ou d'une mauvaise digestion. De là la nécessité de règles sages, qui, sans asservir l'intelligence du juge, le prémunissent contre les dangers de l'arbitraire.

C'est une mauvaise législation que celle qui permet aux cadis de faire distribuer des coups de bâton sur des preuves plus ou moins légères, et de trancher les différends par des inductions souvent plus propres à jeter de la gaîté dans un conte qu'à rassurer leurs justiciables.

Mais c'est un autre excès que d'imiter ces législateurs qui ont divisé les preuves par moitié de preuve, par quart ou par demi-quart, qu'on totalise pour former une preuve entière, comme si l'on pouvait déterminer arithmétiquement le point où la vérité trébuche dans la balance de la Justice.

Il est plus sage, en cette matière, de proscrire tel moyen d'information, que de créer des preuves légales, c'est-à-dire d'ordonner au juge d'être convaincu lorsque tel fait se réalisera. On peut, en effet, prévoir d'avance que certain moyen de preuve sera souvent dangereux, tandis qu'il est difficile d'en signaler qui soient toujours exempts d'abus.

Ce n'est guère que pour les preuves préconstituées, dont nous traiterons plus bas, qu'il y aura lieu d'ordonner au juge de s'en contenter : celles-là étant indiquées aux parties par la loi même, ce serait tromper leur confiance que de permettre à la Justice de les déclarer insuffisantes.

On doit, du reste, éviter un mal-entendu qui consiste à confondre souvent avec les preuves des évènements sur le fondement desquels la loi confère ou enlève un droit. De ce genre est la *chose jugée*, qu'on appelle quelquefois, mais à tort, une présomption légale de vérité. On peut aussi mettre sur la même ligne ce qu'on nomme la présomption de légitimité en faveur des enfants conçus dans le mariage.

Il n'y a point, à proprement parler, de preuve dans ces faits. De ce qu'il a été jugé en dernier ressort qu'un homme n'était pas un voleur, il n'en résulte aucune preuve de son innocence, et le juge qui a rendu la sentence peut lui-même ne pas y croire. Il en est de même pour les enfants nés dans le mariage, qui souvent sont notoirement adultérins. Une preuve est un fait qui démontre l'existence d'un autre fait. La chose jugée a si peu ce caractère, qu'elle n'a de force qu'entre les parties qui ont figuré au procès. Or un fait qui existe ne peut pas exister pour telle personne et ne pas exister pour une autre personne.

Dans les deux cas que nous venons de citer, la loi, partant d'un fait, l'existence d'un jugement ou la naissance d'un enfant, ne déclare pas telle chose prouvée; mais, par des considérations d'intérêt public, elle déclare tel droit acquis. L'enfant peut être ou ne pas être fils du mari de sa mère, mais il est légitime parce que la loi l'a voulu.

Si la théorie était faite comme elle doit l'être, on

ne rangerait point parmi les preuves les faits collatifs de droits : car le but de toute preuve est, non pas de créer des droits nouveaux, mais de démontrer ceux qui existent.

Par la même raison, lorsqu'il s'agirait d'une preuve, la preuve contraire serait toujours admissible, au lieu qu'elle ne le serait pas contre les évènements collatifs de droits.

Si cette distinction était adoptée du législateur, et qu'il eût soin d'y conformer son langage, l'une des grandes difficultés de la matière serait évitée : je veux parler de la distinction des présomptions *juris tantùm*, et de celles qu'on appelle *juris et de jure*, les premières admettant la preuve contraire, et les secondes l'excluant ; distinction où la science erre à l'aventure, sans principes certains, et tout cela parce qu'on a confondu avec les preuves des choses qui ne sont pas des preuves.

Nous reviendrons, au surplus, sur ce point quand il sera question des présomptions.

CHAPITRE II.

A qui incombe la Preuve.

Une ancienne maxime de droit met la preuve à la charge du demandeur. On y apporte toutefois cette restriction, que, lorsque le fait qui sert de fondement à la demande a été prouvé par le demandeur,

si le défendeur oppose quelque autre fait comme moyen de défense, c'est à celui-ci d'en faire la preuve à son tour.

Bentham est peut-être le seul qui ait élevé la voix contre ce système, en prétendant que la présomption devrait être en faveur du demandeur plutôt que du défendeur, parce que personne ne se porte à intenter un procès sans motif sérieux, tandis qu'il y a beaucoup de défendeurs qui résistent par esprit de chicane [1].

Le fait remarqué par Bentham est vrai, quoique sa conclusion soit vicieuse. Il peut se faire qu'il y ait moins de demandes mal fondées que de défenses injustes, et qu'il y ait par conséquent plus de jugements rendus pour les demandeurs que contre eux. Mais cela tient précisément à la maxime que Bentham voudrait renverser. Comme celui qui veut se plaindre sait parfaitement qu'il ne réussira qu'autant que ses preuves seront claires, il y regarde à deux fois avant de s'engager dans un procès. Mais du moment que la présomption tournerait en sa faveur, et que ce serait au défendeur à se justifier, la témérité remplacerait la circonspection. Rien ne serait plus propre à alimenter l'esprit de chicane que la loi qui consacrerait une pareille règle.

Ce système serait d'ailleurs contraire aux premières notions de l'équité : celui qu'on attaque reste sur la défensive ; il n'y aurait rien de plus tyrannique

[1] Bentham, *Traité des Preuves judiciaires*, t. II, p. 11.

que d'aller tirer un homme de chez lui, et de lui imposer l'obligation de se justifier, par cela seul qu'une réclamation dénuée souvent de toute espèce de droit lui serait adressée.

La seule utilité que présente la remarque de Bentham, c'est que, dans les cas où le juge est autorisé à prononcer sur de simples présomptions, si son esprit flotte entre les preuves du demandeur et celles du défendeur, il pourra tirer telle induction que bon lui semblera de la position réciproque des parties. Mais ériger en présomption légale que le droit est du côté du demandeur, serait une erreur dont il faut bien se garder.

Il faut reconnaître du reste que la règle actuelle laisse subsister de nombreuses incertitudes dans la pratique, notamment quand il s'agit de savoir dans quels cas le demandeur est censé avoir prouvé sa demande, et quelles sont les exceptions dont la preuve doit être à la charge du défendeur. Ainsi, je réclame une somme en vertu d'un contrat; mais mon adversaire m'oppose que la personne qui a signé ce contrat n'était pas capable de s'obliger, ou que la dette est prescrite. Voilà deux exemples, choisis entre mille, où il peut être douteux de savoir qui devra prouver l'existence ou la non-existence du fait opposé pour faire tomber l'action.

En vertu de l'égalité naturelle des personnes, et de l'indépendance où elles sont les unes des autres, tout individu qui réclame un droit doit prouver comment il a pris naissance.

Une fois ce droit établi, celui qui prétend qu'il est venu plus tard à s'éteindre, doit à son tour en administrer la preuve.

La vérité est dans ces deux règles, auxquelles il faut toujours s'attacher, sans se préoccuper nullement de la question de savoir si l'allégation est partie du demandeur ou du défendeur. Le premier est obligé de prouver tout ce qu'il faut pour que le droit existe ; le second, tout ce qu'il faut pour que le droit, qu'on suppose avoir existé, soit éteint.

Si donc le défendeur essaie de repousser un acte dont on se prévaut contre lui, sous prétexte que le signataire de cet acte était mineur, c'est au demandeur à représenter l'acte de naissance, parce que le droit n'est pas établi, tant que la capacité reste en suspens.

Supposez, au contraire, que la défense consiste à dire que la somme promise a été payée, c'est le défendeur qui doit prouver le paiement : car il avoue que le droit a existé, et il fait seulement valoir un moyen d'extinction.

Il n'y a qu'un cas où les principes ci-dessus pourront fléchir: c'est lorsque la preuve est impossible à celui qui devrait la faire, tandis qu'elle ne l'est point à l'autre partie. La question se présente surtout à propos des faits négatifs, dont il sera traité dans le chapitre suivant.

CHAPITRE III.

Des Choses qui peuvent être prouvées.

Tout fait allégué ne peut pas être admis en preuve. Il faut pour cela trois conditions : 1° que le fait soit de nature à influer sur la décision du procès ; 2° qu'il soit possible ; 3° que la preuve elle-même en soit possible.

La première condition, qui a donné lieu à la maxime de palais *Frustra probatur quod probatum non relevat*, est fondée sur une raison si évidente, qu'il n'est pas besoin de la développer.

Quant à la seconde, il est manifeste aussi que le juge ne doit pas admettre la preuve d'un fait évidemment impossible. Mais qu'est-ce que la possibilité? et qu'est-ce que l'impossibilité? C'est une question dont la solution est d'autant plus délicate, qu'il n'y a presque pas de fait qui n'ait été jugé possible et impossible, suivant les temps et suivant les lieux.

Qu'un homme eût soutenu, il y a un siècle, qu'on pouvait faire parvenir une nouvelle de Paris à Marseille en cinq minutes : personne n'aurait pris ses paroles au sérieux ; et pourtant la chose est toute simple aujourd'hui.

Il n'y a pas trois cents ans que les hommes les plus éclairés, les magistrats les plus intègres, croy-

aient à l'existence des sorciers, qu'ils ne se faisaient aucun scrupule d'envoyer au supplice. Si aujourd'hui un laboureur attaquait son voisin en dommages-intérêts sous prétexte d'un sort jeté sur son champ pour l'empêcher de produire, il est probable que la Justice n'admettrait point la preuve d'un pareil fait, pas plus qu'elle ne prononcerait la rescision d'un bail sous prétexte qu'il revient des esprits dans la maison louée. Autrefois c'était une cause de rescision de baux. Si cependant on demandait au juge comment il sait qu'il n'y a pas de revenants, il aurait probablement, pour justifier sa certitude à cet égard, les mêmes motifs qui fondaient la certitude contraire chez les magistrats d'il y a deux siècles.

Dans toutes ces questions, l'homme se guide toujours d'après le même principe, celui de la probabilité. Il juge avec raison qu'un fait est impossible, c'est-à-dire extrêmement improbable, lorsque ce fait est sans exemple, et qu'il s'éloigne beaucoup de l'ordre des faits qui lui sont connus par l'expérience. S'il vit dans un pays civilisé, au milieu des prodiges de la mécanique, tel fait lui paraîtra croyable, parce qu'il en a vu réaliser d'aussi difficiles, qui sera jugé impossible par un sauvage ignorant.

En cela, comme en beaucoup d'autres choses, la Justice peut se tromper. La seule règle que l'on puisse établir sur ce point, c'est que les tribunaux devront rejeter la preuve des faits qui leur paraîtront hautement improbables dans l'état actuel des connaissances humaines.

Enfin, la troisième condition est que la preuve elle-même ne soit pas impossible; et elle peut l'être ou par la disposition de la loi, ou par la nature des choses.

La loi interdit chez nous à l'enfant naturel de prouver que tel individu est son père, quoique chez la plupart des autres nations ce droit ne lui soit pas refusé.

Comme preuve impossible par la nature des choses, on peut citer celle de la stérilité de la femme, qui serait une cause de nullité dans le mariage si elle pouvait être constatée, mais qui ne peut jamais l'être avec certitude.

C'est peut-être ici l'occasion de dire un mot sur une question très-débattue dans l'Ecole: elle consiste à savoir si l'on peut prouver les faits négatifs.

Les jurisconsultes ont long-temps enseigné que la preuve d'un fait négatif était impossible, et que par conséquent, lorsqu'un plaideur niait quelque chose, ce n'était point à lui à prouver sa négation, mais que c'était à son adversaire à établir la preuve du fait dénié. De nos jours, on a prétendu démontrer le contraire. Sans rentrer dans les détails de la discussion, j'essaierai d'indiquer en peu de mots les vrais principes.

La première chose à faire est de s'entendre sur le sens de l'expression *fait négatif*, et même de se fixer sur le point de savoir s'il y a des faits négatifs.

Un fait n'est pas négatif pour être présenté sous

une forme négative. Ainsi, quand on dit : Cette vitre n'est pas cassée, — c'est absolument la même chose que si l'on disait : Cette vitre est intacte. Il est clair qu'on affirme là un fait positif, quelque tournure de phrase que l'on emploie pour l'exprimer.

De même, quand je dis : Je n'étais pas dans tel endroit au moment où tel crime y a été commis, — on peut traduire en ces autres termes : J'étais alors dans un lieu différent. Ceci est encore un fait positif, qu'il n'est pas impossible de prouver.

La facilité avec laquelle la plupart des propositions négatives se métamorphosent en propositions affirmatives contraires, a fait douter qu'il y eût véritablement des faits négatifs. Tout ce que l'on accorde, c'est que la multiplicité des faits qui se résument en une négation peut en rendre la preuve difficile, sinon impossible à administrer. Mais cette difficulté disparaît, dit-on, si l'on oblige l'adversaire à préciser, parmi ces faits multiples, celui dont il entend contester l'existence.

Je crois cependant qu'il y a des faits négatifs véritables, ou, si l'on veut parler plus rigoureusement, des propositions négatives impossibles à métamorphoser en propositions affirmatives, et par conséquent impossibles à prouver. Ces faits négatifs ne dépendent nullement de la forme de phrase employée, mais bien de la nature des choses. C'est ce que je vais essayer de démontrer.

J'appelle fait négatif, pour retenir la locution consacrée, la proposition qui ne peut s'analyser dans

l'articulation d'aucun fait, mais qui, en la décomposant comme on le voudra, n'aboutira jamais qu'à la négation d'un ou de plusieurs faits.

La forme du langage n'est ici, je le répète, d'aucune considération; et, en effet, il pourra y avoir de ces faits négatifs, soit sous forme négative, soit sous forme affirmative.

Sous forme négative: par exemple, quand je nie qu'il existe une servitude sur mon héritage, en quelque sens qu'on retourne ma proposition, l'on n'y trouvera aucun fait positif. Elle peut signifier : Vous n'avez pas acquis de servitude par testament, par vente, par donation, par prescription; vous n'en avez point acquis aujourd'hui, ni hier, ni un autre jour. Mais toutes ces propositions ne sont que des négations.

Sous forme affirmative : lorsque l'on réclame de moi le paiement d'une dette, et que je réponds : J'ai prescrit, — ma proposition n'en est pas moins purement négative : car J'ai prescrit signifie : Je ne vous ai pas payé de capital, je ne vous ai pas payé d'intérêts, vous ne m'avez pas poursuivi en justice. Mais toutes ces propositions partielles ne sont toujours que des négations.

Or je dis qu'en entendant les faits négatifs de cette manière, il y a impossibilité de les prouver. Et en effet, comment en administrer la preuve? Un fait négatif n'est pas un fait, c'est la négation de tout fait : peut-on prouver ce qui n'existe pas?

Je conclus de là que si le demandeur articule un

fait négatif véritable, il doit être dispensé de la preuve malgré sa position de demandeur, et qu'alors ce doit être à son adversaire à prouver le fait positif sur lequel il fonde sa défense. Et qu'on ne dise pas que permettre au demandeur d'attaquer sa partie adverse sans preuve, sous prétexte que la preuve est impossible, c'est accorder d'autant plus de faveur à la demande qu'elle offre moins de probabilité. A la bonne heure, si l'impossibilité de la preuve tenait à l'absurdité de la demande, ou même si cette impossibilité était absolue pour les deux parties; mais la demande peut être vraisemblable, lors même qu'elle s'appuie sur un fait négatif. Ainsi, quand je sollicite la Justice de défendre l'exercice d'une servitude sur mon fonds, la vraisemblance est de mon côté, puisque naturellement tous les héritages sont libres. Seulement, par la nature des choses, je ne puis pas établir que vous n'avez point acquis de servitude sur moi. Au contraire, il vous est très-facile, à vous qui en réclamez une, de savoir comment vous l'avez acquise. C'est donc à vous, quoique défendeur, à administrer la preuve de son existence.

On a prétendu que, même dans ce cas, la preuve n'était pas absolument impossible au demandeur; qu'il fallait rester dans la règle qui lui en impose le fardeau; qu'on pouvait seulement exiger du défendeur qu'il se prêtât à rendre la preuve possible, en précisant le fait, et, par exemple, en déclarant en vertu de quelle cause il avait droit à la servitude, si c'était en vertu d'une donation ou d'un testament;

qu'alors la preuve revenait au demandeur, obligé de démontrer que la donation ou le testament étaient nuls.

Mais il n'y a là qu'un pur jeu de mots; et c'est, en réalité, comme si l'on avouait que la preuve est à la charge du défendeur. Supposons, en effet, que ce défendeur, qui allègue l'existence de la servitude, se soit lui-même porté demandeur, cas auquel la preuve serait à sa charge selon le droit commun: que devrait-il faire alors pour justifier de son droit? Exhiber le testament ou l'acte de donation sur lesquels il se fonde. Et son adversaire? Faire valoir ses moyens de nullité contre le titre produit. Or c'est précisément ce qui se passera dans l'hypothèse du fait négatif articulé par le demandeur.

Je crois donc qu'il faut s'en tenir à l'ancienne doctrine, d'après laquelle les faits négatifs ne tombent pas en preuve, pourvu qu'on n'entende cela que des faits négatifs purs, et non pas de toute affirmation qui se produirait sous forme négative [1].

CHAPITRE IV.

De quelques Modes de Preuve autrefois admis.

Le progrès de la raison ne se fait nulle part mieux sentir que dans la simplicité de nos moyens de

[1] M. Bonnier a soutenu l'opinion contraire dans un article inséré dans la *Revue étrangère de Législation*, t. VIII, p. 177.

preuve comparés avec ceux que nos pères mettaient en pratique. Un coup d'œil sur le passé ne sera peut-être ni sans intérêt ni sans enseignement.

§ I.

Ordalies [1].

L'ordalie, ou le jugement de Dieu, consistait à soumettre quelqu'un à une épreuve, dans l'espérance que Dieu ne lui permettrait pas d'en sortir à son avantage s'il ne disait pas la vérité.

Ce moyen de preuve se retrouve chez presque tous les peuples primitifs; et l'on compte ceux qui, comme les Romains, ne le connurent jamais.

Les Hébreux avaient l'épreuve des eaux amères, imposée à la femme soupçonnée d'adultère. Si, après avoir pris le breuvage de la main du grand-prêtre, son visage se contractait, et que ses yeux s'injectassent de sang, elle était réputée coupable [2].

Dans l'Antigone de Sophocle, des gardes soupçonnés d'avoir désobéi au Roi s'offrent à manier le

[1] On dérive ce mot d'*Urtheil*, jugement, dans les dialectes germaniques.

[2] Les talmudistes décrivent ainsi l'effet de cette épreuve : *Nondum finem fecerat bibendi, et continuo vultus livorem contrahebat, oculi protuberabant, totaque venis replebatur. Dicebant igitur : Ejicite eam foras, ejicite eam foras, ne atrium polluat.* Mischna, *de Uxore adulterii suspecta*, p. 218, édit. d'Amsterdam, 1700.

fer chaud et à marcher au travers des flammes, pour prouver leur innocence[1].

Aux Indes, l'ordalie, en usage depuis les temps les plus reculés, subsiste toujours, et l'on en compte quatre espèces: celle par le feu, celle par l'eau, celle par la balance, et celle par le poison[2].

Mais ce fut surtout chez nos pères, au moyen âge, que cette pratique se multiplia sous diverses formes, parmi lesquelles je citerai seulement:

1° *L'épreuve de l'eau bouillante*, ordalie propre de la loi salique. Elle consistait à plonger le bras dans une chaudière d'eau bouillante pour y prendre un anneau ou une pièce de monnaie. Si, après trois jours, aucune trace de brûlure n'apparaissait, l'épreuve était censée favorable[3].

2° *L'épreuve du fer chaud*, dans laquelle l'accusé devait porter une barre de fer rouge à la distance de neuf pas, ou faire neuf pas en marchant sur des socs de charrue rougis, toujours sans se brûler.

3° *L'épreuve de la croix:* les deux adversaires se plaçaient en face l'un de l'autre les bras en croix, et celui que la fatigue contraignait le premier à les baisser perdait son procès.

4° *L'épreuve de l'eau froide.* Elle ne se faisait pas partout de même. Communément, on jetait le coupable,

[1] Antig., act. 1. — V. aussi Pastoret, *Hist. de la Législ.*, t. viii, p. 315.

[2] *Kritische Zeitschrift*, t. vi, p. 232.

[3] C'était ce que le latin de la loi salique exprime par ces mots: *Ad Æneum ambulare, ad Inium ambulit.*

pieds et poings liés, dans une grande cuve; et s'il allait au fond, l'épreuve lui était favorable. Ailleurs, les deux parties devaient traverser un certain nombre de fois une rivière à la nage; celui qui n'y pouvait réussir, succombait dans sa prétention.

5° *L'épreuve du cadavre* consistait à placer l'accusé en face du cadavre de sa victime présumée, dans la confiance que, s'il était coupable, le sang recommencerait à couler. Cette ordalie, qui s'est conservée dans la législation de quelques pays presque jusqu'à nos jours, a encore laissé sa trace dans nos habitudes judiciaires.

Certains savants ont prétendu voir dans les ordalies un moyen d'intimidation pour pousser le coupable à dire la vérité. Mais il ne faut pas prêter à des peuples barbares plus d'esprit qu'ils n'en avaient. Elles reposaient simplement sur cette idée pieuse, que Dieu interviendrait pour manifester la vérité: idée qui n'en était pas plus logique pour cela; car alors autant eût valu, sans prendre ces détours, faire tirer les deux contendants au sort[1].

§ II.

Duel judiciaire.

Il ne faut voir dans le duel judiciaire ni un reste de l'état de nature, où la force ne reconnaît aucune

[1] Je ne connais que l'ancien code russe de l'Ouloschénie qui ordonnait de résoudre les procès par le sort, mais seulement

règle, ni une création de la chevalerie, à laquelle il est fort antérieur, puisqu'on le trouve dans toutes les lois des Barbares ; mais la plus célèbre des ordalies, devenue d'un usage de plus en plus nécessaire, par le peu de respect des hommes pour la sainteté du serment[1]. C'est du moins la raison qu'en donnent les lois mêmes qui la consacraient[2].

Sous ces lois, la force tint lieu de bon droit; l'adresse, de probité. Il y eut des genres de combats divers pour les nobles, pour les serfs, et même pour les femmes[3]. L'état de champion devint un métier lucratif : « Li aucun louoient campions en tele maniere que il se devoient combatre en toutes quereles que il aroient à fere, ou bones ou malvese[4]. »

Ce qu'il y eut de plus singulier, c'est qu'on ne

quand l'objet n'en excédait pas un rouble (Ouloschénie, c. XIV, § 10). Cela rappelle ce juge de Rabelais *qui sententiait les procès au sort des dés.*

[1] L'empereur Othon-le-Grand substitua, en 967, le combat judiciaire à la preuve par serment.

[2] La loi des Bavarois dit que le duel est *ut devitentur perjuria.* — « Se n'estoit la bataille de preuve de parenté, moult de mans poroient en avenir et de gens être deshérités à tort et sans raison, dit la loi chrétienne des Assises de Jérusalem.... car de legier troveroit-on deus homes ou femes de la loy de Rome, ou autre nation, qui s'en parjureroient pour monoie, puisqu'ils seroient seurs que ils n'auroient d'autre péril que de eaus se parjurer. » *Assises de Jérusalem*, ch. 167.

[3] Les serfs combattaient avec le bâton. Les femmes, en général, se faisaient représenter par un champion. Chez quelques peuples, elles combattaient en personne ; seulement leur adversaire était mis dans une fosse jusqu'à la ceinture.

[4] BEAUMANOIR, *Cout. de Beauvoisis*, ch. 28.

bornait pas ce genre de preuve aux offenses personnelles ou aux questions de fait, mais qu'on le faisait servir aussi à résoudre les questions de droit. « Il se présenta une question devant l'empereur Othon premier de ce nom, dit Estienne Pasquier, si, en succession directe, représentation avait lieu, en la résolution de laquelle les docteurs se trouvant empêchés, il fut trouvé bon de remettre la décision de cette obscurité au jugement des armes, et furent choisis deux vaillants combattants pour le soustènement du pour et du contre. » Les champions des petits-enfants l'ayant emporté, la cause de la représentation triompha en Allemagne[1].

L'Eglise, quoique supérieure aux préjugés de ce temps, ne pouvait pas entièrement s'y soustraire. Saint Yves de Chartres, au XIIe siècle, blâmait le duel, et cependant on voit sa Cour ecclésiastique l'ordonner[2]. Quand l'étude du droit romain se réveilla, des idées plus saines se répandirent. Saint Louis l'invoquait, lorsqu'en 1270 il proscrivit le duel dans ses domaines, qui, malheureusement, n'étaient alors qu'une petite partie de la France[3].

[1] V. Estienne Pasquier, *Recherches de la France*, liv. IV, ch. I. — La Chronique de Sigebert place ce fait en l'an 942.

[2] Il le blâme dans ses lettres. Mais le Cartulaire de Saint Père de Chartres, récemment publié par M. Guérard, nous montre la Cour ecclésiastique de Saint Yves ordonnant un duel dans une cause ou Saint Yves lui-même comparait comme témoin. V. ce Cartulaire, p. 314.

[3] Saint Louis, dans ses Etablissements, déclare mettre « en lieu de batailles, preuves des témoins et des chartes, selon

L'ordonnance de 1303, de Philippe-le-Bel, que l'on cite souvent comme ayant marqué le terme de cette pratique abusive, ne fit plutôt qu'enlever aux juges ordinaires le droit d'ordonner le duel, pour en réserver le privilége au Roi ou à sa Cour de parlement. De fait, on rencontre encore dans les siècles suivants quelques exemples de combats judiciaires, surtout au criminel dans des causes intéressant l'honneur. Le dernier qu'ait autorisé le Parlement paraît être celui de Jean de Carrouge et de Jacques-le-Gris, en 1386, dont Froissard a donné la relation détaillée [1]. Mais cette coutume s'est conservée jusqu'à nos jours chez d'autres peuples, notamment en Angleterre, où le dernier duel a été ordonné en 1817 [2].

§ III.

Serment. — Compurgateurs.

Le serment, attestation religieuse par laquelle l'homme prend Dieu à témoin de la vérité de ses paroles, devait tenir une grande place dans la loi des

droit escrit en Code, el titre *de Pactis.* » — *Etablissements*, liv. I, ch. 2.

[1] Il faut lire ce récit curieux dans Froissard, liv. III, ch. 49.

[2] Dans l'affaire Thornton, v. t. I, p. 489. — En Angleterre aussi, du temps de Henri II, le duel était ordonné dans de pures questions de droit civil, telles que prêts sur hypothèque (*mortgage*), cautionnements, validité de chartres, affranchissements, ventes, etc. Reeves, *History of the english Law*, t. I, p. 83.

peuples primitifs, chez qui la religion était toute-puissante.

Mais le vulgaire, qui se laisse dominer par les idées matérielles, tendit toujours à oublier le sens religieux de l'acte pour sa pratique extérieure. De là les subtilités qui dénaturèrent la sainteté du serment. Tel faisait retirer les reliques de la chasse, et croyait pouvoir se parjurer en vain. Cet autre jurait sur les Evangiles; mais s'il avait un gant, sa main n'était pas sur les Evangiles. Une formule ambiguë ou une restriction mentale permettaient de tout promettre sans s'engager à rien.

Nulle part plus que chez les Slaves, le serment n'était dégénéré en une pure cérémonie extérieure. En Russie, la loi ne permettait à l'homme de jurer que trois fois dans sa vie, tant elle se défiait du parjure. Cependant les ecclésiastiques, les vieillards, les propriétaires, et tous les membres de la famille Strogonoff, avaient le privilége de faire jurer leurs gens pour eux. Les Dalmates n'admettaient pas les femmes au serment; les Hongrois en excluaient les célibataires. En Bohême, on en avait fait un exercice de mémoire : le greffier lisait la formule du serment, assez longue et assez compliquée; et si le plaideur, en la répétant, se reprenait plus de trois fois, il avait perdu son procès. Quand on voulait favoriser quelqu'un, la formule lui était lue mot pour mot, en la lui faisant répéter à mesure. Cela s'appelait jurer avec *zmatek*, ou sans *zmatek*[1].

[1] V., sur tous ces détails, Maciejowski, *Histoire du Droit slave*, t. IV, § 164 et suiv.

Une institution qui régna partout en Europe au Moyen Age est celle des *compurgateurs*, moyen de preuve négative, par laquelle l'homme se justifiait d'une accusation en faisant jurer un certain nombre de personnes. Les lois réglaient ce nombre d'après l'importance du procès et d'après le rang des parties. C'est ce qu'on appelait jurer *cum septima* ou *cum duodecima manu*. Frédégonde, accusée d'adultère, fournit un nombre de compurgateurs proportionné à sa fortune : cinq évêques et trois cents seigneurs francs attestèrent sous serment son innocence plus que problématique.

On n'est pas d'accord sur le sens de cette institution. Les uns n'ont voulu y voir qu'un témoignage à décharge. D'autres ont cru que la loi n'avait pas jugé prudent de punir ceux qui prouvaient de cette manière qu'ils avaient beaucoup d'amis. Un système plus ingénieux que solide présente les compurgateurs comme tenant à la responsabilité en commun des *compagenses* : alors, quand tous les habitants d'un district étaient responsables des délits qui s'y commettaient, si un homme trouvait un certain nombre de témoins pour déposer de son innocence, ils méritaient, dit-on, d'être crus, puisqu'ils témoignaient contre leur intérêt [1]. Ce qui paraît certain, c'est que les compurgateurs n'étaient pas des témoins, mais qu'ils se bornaient à certifier, pour ainsi dire, la moralité de la personne.

[1] Meyer, *Institutions judiciaires*, t. 1, p. 312.

Aussi plusieurs lois enlevaient-elles à l'accusé le droit de les choisir, ou du moins ne lui permettaient-elles que d'en choisir un certain nombre. Le reste devait l'être ou par le juge, ou par l'accusateur.

§ IV.

Preuve testimoniale.

Les ordalies succombèrent les premières ; le duel, qui se soutint plus long-temps, cessa généralement au commencement du XIVe siècle. La preuve par écrit étant peu répandue alors, à cause de l'ignorance des temps, ce fut par les témoins que se décidèrent tous les procès, malgré l'incertitude de ce genre de preuve et le danger de la corruption. On en avait fait cette maxime : *Témoins passent lettres*, qui signifiait qu'en cas d'opposition entre un écrit et la déposition des témoins, c'était celle-ci qui l'emportait. Et cela est facile à concevoir, si l'on réfléchit qu'alors les actes n'étaient jamais signés des parties ; qu'ils étaient dressés par des scribes ou notaires sans caractère public ; qu'on y faisait intervenir des témoins qui eux-mêmes ne savaient signer ; que dès-lors, quand il y avait contestation sur la sincérité d'un acte, il était raisonnable d'appeler les témoins qui y avaient figuré, pour les interroger sur les conventions des parties.

C'est aussi pour cela qu'il était d'usage de faire

assister des enfants à la conclusion d'actes importants, et de les frapper ou de leur tirer les oreilles, afin qu'ils en gardassent le souvenir jusque dans leur extrême vieillesse.

Tant que l'art d'écrire ne se fut pas répandu, il était impossible de songer à restreindre la preuve testimoniale, malgré ses dangers. L'ordonnance de Villers-Cotterets prescrivit pour la première fois, en 1539, *la tenue de registres en forme de preuve des baptêmes, contenant le jour et l'heure de la nativité, pour servir à prouver le temps de majorité ou minorité, et faire pleine foi à cette fin.* Et il fallut encore aller jusqu'en 1566 pour que l'ordonnance de Moulins mît un terme aux abus, en défendant de prouver par témoins toute chose excédant la valeur de 100 livres.

§ V.

De la Preuve littérale.

L'écriture est le moyen de preuve des peuples civilisés. Mais il faut long-temps avant que l'homme connaisse le grand art de rendre sa pensée par des caractères. Pour des hommes de fer, toujours à cheval sous la cuirasse, signer était un grand travail; ils y suppléaient par un sceau qu'ils apposaient aux actes (*signare*); les savants seuls savaient signer (*subscribere*).

Il fut un temps où les rois eux-mêmes avouaient sans détour leur ignorance à cet égard. Les diplomes

de Withred, roi de Kent, se terminaient par cette formule : « *Ego Withredus rex Cantiæ omnia supra scripta confirmavi atque a me dictata propria manu signum sanctæ crucis* PRO IGNORANTIA LITTERARUM *expressi*[1]. » Chez nous, tous les rois de la seconde race, et ceux de la troisième jusqu'au roi Jean, signaient par un simple monogramme, sans qu'on soit même sûr qu'ils le traçassent de leur propre main[2].

A cette époque, il existait des notaires, espèce de scribes sans caractère public, qui rédigeaient des actes pour ceux qui les en requéraient. Tous les grands, et surtout les évêques, avaient de ces notaires auprès d'eux. On prit l'habitude de s'adresser aux évêques et aux juges pour faire rédiger les contrats, et de les leur remettre, afin qu'ils en conservassent l'original. Ce fut la première origine de ce qu'on appela ensuite l'authenticité.

Les tabellions, institués plus tard, étaient distincts des notaires : ils ne rédigeaient pas les actes, mais ils recevaient le dépôt de ceux que les notaires avaient dressés, ils les scellaient, et en délivraient copie aux parties. Puis, avec le temps, leur office se confondit avec celui des notaires, dont ils ont conservé le nom. François I défendit aux tribunaux de

[1] V. SPELMAN, t. I, p. 198.

[2] MABILLON, *Diplom.*, liv. II, c. 21. — Si l'on en croit le savant bénédictin, Mahomet avait une manière plus expéditive de signer : il trempait sa main dans l'encre, et l'appliquait tout ouverte sur le papier. Les moines du Sinaï avaient de lui un diplome signé de cette manière. *Ibid.* ch. 22.

leur faire concurrence, en ordonnant à ceux-ci de se renfermer dans le jugement des affaires contentieuses [1].

C'est ainsi qu'on arriva par degrés à un mode de preuve plus conforme à la raison. En retraçant tant de faits étranges, nous n'avons eu d'autre but que de montrer où seraient conduits les peuples s'ils n'obéissaient qu'aux seuls éléments historiques. Ne se prend-on pas à douter quelquefois si c'est la raison, ou si c'est la folie, qui préside aux affaires des hommes? Et ne devons-nous pas nous estimer heureux de vivre à une époque où, si les institutions ne sont pas toutes dictées par une saine philosophie, le principe est établi du moins qu'elles ne doivent s'inspirer que d'elle?

CHAPITRE V.

Des Divisions des Preuves.

Au milieu de beaucoup de classifications d'une utilité contestable, Bentham en a fait une très judicieuse. C'est celle des preuves préconstituées et des preuves casuelles, dont les principes sont nécessairement différents.

La preuve *préconstituée* est celle que la loi indi-

[1] V. Delaurière, sur Ragueau, v° *Notaire;* Danty, *Preuve par témoins*, p. 38.

que d'avance aux citoyens, en les avertissant qu'elle n'aura foi que dans celle-là.

La preuve *casuelle* est celle dont elle se contente dans les cas où la preuve préconstituée n'était pas possible.

On ne peut exiger une preuve préconstituée que dans les actes purement volontaires des parties, comme lorsqu'il s'agit de contrats. Pour les délits et les quasi-délits, la Justice est dans la nécessité d'accepter les preuves quelconques que le hasard lui place sous la main.

La preuve préconstituée consiste naturellement dans les écrits soit publics, soit privés. Quelquefois la présence des témoins se combine aussi avec l'écriture, comme dans les testaments et dans la célébration du mariage.

Le but des preuves en général est d'éclairer la Justice. La preuve préconstituée remplit d'abord ce but avec un degré particulier de certitude. De plus elle a un autre effet, qui est de prévenir les procès. Les contractants savent à l'avance quelle formalité ils doivent remplir pour convaincre les juges, et qu'en dehors de ces formalités leur plainte serait repoussée.

Il est juste alors que le législateur donne la plus grande publicité aux moyens de preuve qu'il adopte, afin de ne pas tendre un piége aux citoyens. C'est d'après ce principe que, chez plusieurs peuples contemporains, le gouvernement fait imprimer sur le papier timbré la substance des articles de la loi

relatifs à la manière de dresser les actes et de constater les conventions, afin de mettre les parties à l'abri des nullités.

Ce n'est guère qu'en matière de preuve préconstituée que l'on peut réglementer les preuves en détail, les circonscrire, les subordonner à des conditions, tracer d'avance au juge des règles de conviction, lui ordonner de croire ou de ne pas croire, lui défendre d'admettre des moyens probatifs autres que ceux prévus par la loi. Quant à la preuve casuelle, qui ne doit être admise que là où l'autre n'était pas praticable, la loi ne peut pas poser de règles restrictives : le principe le plus sage est de s'en rapporter à la prudence des magistrats, de ne rejeter aucun genre de preuve, sous prétexte qu'il serait sujet à des erreurs, de n'en imposer aucun non plus comme devant emporter conviction légale, mais de les admettre tous, sauf à en discuter le mérite.

Quelle que soit la valeur théorique de la distinction des preuves en préconstituées et casuelles, le législateur français n'en a point complètement adopté le principe.

En effet, la preuve littérale ne présente pas d'une manière absolue, dans notre droit, le caractère de preuve préconstituée, soit parce que la loi n'en impose la nécessité que dans les contrats dont l'objet est d'une valeur supérieure à 150 fr.; soit parce qu'alors même qu'elle prescrit la preuve littérale, elle n'ôte pas aux parties la dernière ressource de l'aveu

et du serment, sans doute à cause de la nature particulière de ces deux sortes de preuves casuelles, qui offrent un grand degré de certitude, et qui peuvent toujours s'administrer facilement.

La supériorité qui appartient à la preuve par écrit consiste surtout en ce qu'elle garantit aux parties, d'une manière certaine, irréfragable, l'existence de leurs droits, tandis que la preuve casuelle les abandonne inévitablement aux incertitudes du hasard.

Ces réserves faites, nous pouvons passer à l'examen des différentes espèces de preuves.

CHAPITRE VI.

Preuve préconstituée.—Preuve littérale.

La preuve par écrit, par sa certitude et par sa stabilité, est celle qui s'offre naturellement au législateur comme preuve préconstituée. Elle se subdivise elle-même en deux espèces : celle par acte sous seing privé, et celle par acte authentique.

§ I.

De l'Acte sous seing privé.

L'acte sous seing privé vaut comme aveu écrit de la partie qui s'oblige.

Comme on est convenu de n'attacher la signifi-

cation de cet aveu qu'à la signature, l'acte, tant qu'il n'en est pas revêtu, est censé un simple projet.

Outre la signature, l'acte doit encore être daté, c'est-à-dire porter la mention du temps et du lieu où il a été fait. Cependant ce n'est pas toujours une condition essentielle. La mention du lieu, en particulier, est rarement indispensable, puisque la capacité des parties ne dépend pas de l'endroit où elles contractent. Celle du temps est plus nécessaire : car elle fait voir si l'homme a contracté en état de majorité ou de minorité. Elle sert d'ailleurs, entre plusieurs actes, à établir celui qui est antérieur et celui qui est postérieur.

Quand la convention ne contient qu'une obligation unilatérale, elle n'a besoin que d'être rédigée en un seul original, qui sera remis au créancier. Mais si elle crée des obligations réciproques, il est très-utile d'en dresser autant de doubles qu'il y a de contractants, afin que chacun ait de son côté le moyen d'en poursuivre l'exécution. Est-ce à dire, toutefois, que si cette précaution n'a pas été observée, si, par exemple, dans une vente, on n'a fait qu'un seul acte remis à l'acheteur, on puisse prétendre que la convention soit entachée de nullité? La raison ne conçoit pas que la validité de la convention puisse dépendre du plus ou moins d'efficacité de la preuve. Quand l'acheteur exhibe son titre revêtu de la signature du vendeur, celui-ci est convaincu d'avoir vendu. Il est vrai que l'acheteur, s'il

se repent du marché, peut supprimer le titre constatant la vente, et réduire ainsi son cocontractant à l'impossibilité de la faire exécuter. Mais c'est à celui-ci à s'imputer son manque de prudence. Dire qu'il ne veut point tenir sa promesse, parce que l'acheteur aurait pu se délier du contrat, c'est dire : Je veux être un fripon, parce qu'il vous aurait été possible d'être fripon vous-même.

Entre les signataires, le lien de l'acte sous seing privé est tout-puissant. Il suffit qu'ils reconnaissent cet acte comme émané d'eux. Mais vis-à-vis des tiers, on sent qu'il ne peut pas en être de même.

C'est un proverbe que *le papier se laisse écrire*. Les simulations, les antidates, sont possibles. Un donateur, se repentant de la donation qu'il aurait faite, pourrait feindre une vente à laquelle il donnerait une date ancienne, afin de fournir à un acheteur aposté le moyen de déposséder le donataire.

Deux partis étaient ouverts au législateur : ou de se borner à accorder aux tiers ce qu'on ne pouvait leur refuser, c'est-à-dire le droit de démontrer la fraude par tous les moyens de preuve possibles ; ou bien de réputer de plein droit l'acte frauduleux à leur égard. C'est ce dernier parti que l'on a embrassé. L'extrême difficulté de la preuve qui leur aurait été imposée dans l'autre système justifie sans doute la loi d'avoir consacré cette présomption.

Mais en même temps il fallait réserver aux contractants un moyen de donner à leur acte privé un caractère de certitude qui pût constater qu'à telle

époque cet acte existait, et qui permît, à partir de ce moment, de l'opposer aux tiers. Ce moyen consiste dans la présentation de l'acte à un officier public, qui lui donne *date certaine* en en consignant la mention sur un registre. Cette certitude de la date peut aussi résulter de quelques autres circonstances déterminées par la loi, et notamment de la mort de l'un des signataires.

Il y a, dans notre état de civilisation, beaucoup de personnes qui ne savent point écrire. Elles n'ont, en France, d'autre ressource, pour se procurer une preuve, que de recourir au ministère des notaires : dur impôt prélevé sur leur ignorance. C'est une grave question que de savoir s'il ne conviendrait pas de leur permettre de faire des actes sous seing privé, au moins pour les valeurs de peu d'importance, en les autorisant, comme cela se pratique en plusieurs pays, à donner mandat de signer pour elles en présence de témoins, ou bien à former une croix au bas de la convention, en faisant attester par les personnes présentes que cette croix a été tracée par elles pour tenir lieu de signature. Nos lois actuelles, loin de favoriser ce moyen de preuve, déclarent reprochables tous ceux qui auraient signé une pareille attestation, en sorte que leur témoignage sur le fait principal ne peut plus même être reçu en justice. Cette rigueur paraît difficile à justifier [1].

[1] En Russie, où l'ignorance est fort grande, presque tous les contrats peuvent être passés de cette manière. Outre cela, il y

§ II.

De l'Acte authentique.

L'acte authentique est celui qui a été dressé par un officier public compétent à cet effet.

A la différence de l'acte sous signatures privées, l'acte authentique ne tire plus sa force de l'aveu de la partie, mais du témoignage de l'officier qui l'a dressé. Cet officier n'est autre chose qu'un témoin indiqué aux contractants par la Société, qui leur promet que la Justice aura foi dans sa déclaration.

La forme de l'acte authentique diffère de celle de l'acte sous seing privé par une solennité plus grande; et cette solennité était nécessaire pour le garantir des falsifications qui peuvent provenir soit de l'officier public lui-même, soit des tiers intéressés.

Contre l'officier lui-même, on peut prendre la précaution d'exiger la présence de quelque autre personne qui devra intervenir à l'acte et le signer, parce que la nécessité de mettre quelqu'un dans la confidence de la fraude en éloigne l'idée. La présence de témoins à l'acte offre cet avantage. Si, chez nous, la signature des témoins instrumentaires n'était pas une pure affaire de forme, on n'aurait pas

a des tabellions spéciaux pour divers contrats, tels que les louages de services entre maîtres et domestiques, etc. V. *Code civil russe*, art. 1460 et suiv.

vu les faux en écriture publique se renouveler si souvent.

Quant aux tiers intéressés, on rendra la contrefaçon de l'acte authentique d'autant plus difficile de leur part, qu'on exigera qu'il soit revêtu d'un plus grand nombre de signatures. Et c'est aussi dans ce but qu'on y appose un sceau, précaution imaginée dans le moyen âge pour dispenser le juge ou le tabellion de venir à chaque fois reconnaître leur écriture devant le tribunal où elle était produite.

Quoique la forme authentique ait été inventée plus particulièrement pour ceux qui ne savent ni lire ni écrire, les personnes lettrées en font elles-mêmes un fréquent usage.

Elles y recourent *nécessairement* pour certains actes que la loi ne reconnaît comme valables qu'autant qu'ils ont été passés dans cette forme, tels que les actes de naissance, de mariage et de décès, dont il importe que la trace ne se perde pas.

Elles y recourent *volontairement* à cause des avantages que l'acte authentique présente sur l'acte sous seing privé, et dont voici les principaux :

L'acte authentique est plus stable, puisque l'original ou la minute en est gardé par l'officier qui l'a reçu, lequel peut en délivrer une seconde copie aux contractants, s'ils viennent à égarer celle qui leur a été remise d'abord.

Il a *ipso facto* date certaine contre les tiers, qui ne peuvent pas l'arguer d'antidate.

Il ne saurait non plus être argué par eux de si-

mulation, au moins pour tous les faits que l'officier public atteste *de visu:* car il reste soumis à la loi commune pour ceux qu'il ne constate que sur la déclaration des parties.

Il s'attache même à son apparence extérieure, au nombre de signatures dont il est revêtu, au sceau qui y est apposé, une présomption d'authenticité, c'est-à-dire la présomption qu'il émane effectivement de l'officier public dont il porte la signature. Aucune présomption pareille n'existe en faveur de l'écriture purement privée : de là l'impossibilité de produire celle-ci en justice dans un grand nombre de cas, lorsque surtout les signataires ne sont pas présents [1].

Au surplus, lorsque ceux qui savent signer passent un acte en forme authentique, ils doivent y mettre leur signature, qui ajoute la force de leur propre aveu à l'attestation du notaire. L'acte prend alors un double caractère: de sorte que, si la forme authentique est viciée par quelque nullité, rien ne l'empêche de conserver sa valeur comme écriture privée des parties.

Mais, quelle que soit la présomption de vérité attachée à l'acte authentique, comme il est possible néanmoins que l'officier public ait attesté un fait

[1] Par exemple, un fils qui a besoin du consentement de son père pour se marier représente un simple consentement sous seing privé. L'officier public n'y aura point égard en l'absence du père, dont il ne connaît pas l'écriture, car il n'a aucune garantie que cette écriture émane de lui.

faux, on doit réserver à ceux contre qui l'on se prévaut de cet acte le droit d'en démontrer la fausseté. C'est à la loi positive à organiser le mode de cette preuve. Elle devra assujettir à une peine celui qui s'y engage imprudemment, et qui, après avoir tenté d'ébranler la confiance due au caractère du fonctionnaire rédacteur, ne pourrait point parvenir à justifier son allégation injurieuse.

CHAPITRE VII.

De la Science personnelle du Juge.

Lorsque de la preuve préconstituée on passe à la preuve casuelle, il semble que le mode d'information le plus sûr soit la connaissance personnelle que le juge peut avoir du fait qui forme le fond du débat. Quel autre moyen irait-on chercher pour le convaincre, quand la vérité brille à ses yeux d'une certitude complète ?

Cependant l'on ne tombe pas d'accord de cette vérité sans distinction. Et si l'on reconnaît que les jurés, au criminel, ne doivent juger que d'après leur conviction intime, quels qu'en soient les éléments, on n'est pas moins unanime pour dire que les juges ne peuvent condamner en général que d'après les faits établis par l'instruction. La tête d'un homme peut donc tomber par la conviction muette d'un juré qui

a vu perpétrer le crime; tandis qu'il ne peut être condamné à exécuter le plus mince contrat, quand même le juge l'aurait vu conclure, s'il n'existe pas d'autres preuves.

En principe, il ne suffit pas que la sentence soit juste, il faut encore qu'elle s'offre à la Société avec des caractères qui le démontrent. Comme homme, le juge peut être tenu en suspicion par la loi qu'il applique comme magistrat. S'il veut être témoin, qu'il dépose sa toge, qu'il prête serment, qu'il se soumette aux interpellations des magistrats et des parties, qui pourront discuter ses paroles. Mais qu'il ne condamne point par une persuasion secrète que les plaideurs ne peuvent point combattre, comme le public en ignore les raisons.

En fait, les jurés sont affranchis de l'observation de cette règle comme de toutes les autres. Ce tribunal privilégié jouit de hautes prérogatives dont la raison ne doit pas trop s'enquérir. Ce serait, dit-on, dénaturer l'institution du juri que d'exiger qu'il motivât ses jugements. On trouverait, selon toute probabilité, que ce serait aussi dénaturer l'institution des tribunaux ordinaires que de les en dispenser. Comment ce qui est bon dans un cas devient-il essentiellement vicieux dans l'autre? Comment trouve-t-on bien qu'il soit disposé par oui et par non de l'honneur et de la liberté des citoyens, pendant qu'il faut des formalités pour statuer sur leur patrimoine? On reconnaît là le vestige de ces temps où la nation faisait acte d'omnipotence en tranchant les différends dans le plaid

des hommes libres. Alors point de motifs dans la décision, point d'appel pour la réformer. Il y a longtemps que ce système a été rejeté dans les affaires civiles. Les avantages que le juri présente sous le rapport politique ont déguisé jusqu'à présent ses imperfections : et quelle chose en est exempte ! Nous sommes convaincu qu'elles se révèleront plus tard, quand une plus longue expérience permettra de le juger froidement.

Au surplus, même au civil, la science personnelle du juge n'est insuffisante que quand il a connu les faits hors de ses fonctions. S'il peut s'éclairer comme juge par un examen visuel, ce moyen sera le meilleur de tous ; et la raison en est qu'alors l'examen qu'il ordonne est public, au su des deux parties, qui peuvent discuter et contredire : c'est ainsi que souvent le juge ordonne des descentes sur les lieux dans les procès possessoires ou de bornage, qui ne peuvent, pour la plupart, être résolus sans cela.

CHAPITRE VIII.

De l'Expertise.

Si le juge possédait toutes les connaissances, s'il était habile dans tous les arts manuels, s'il pouvait en outre multiplier le temps pour tout approfondir par lui-même, l'examen visuel, dont il a été question dans le chapitre précédent, rendrait l'expertise inu-

tile. Mais, comme il ne peut pas se flatter d'une pareil e universalité, il est souvent obligé de recourir à ce mode de preuve pour éclairer sa conscience.

On appelle *expert* un homme de l'art qui reçoit du juge la mission d'examiner une question de fait exigeant des connaissances spéciales, afin de lui en donner son avis sous serment.

On ne peut sous aucun rapport envisager l'expert comme un officier public, ni comme participant à l'administration de la justice. Ce n'est qu'un témoin. Il faut en conclure que cet office peut être confié à toute espèce de personnes que le tribunal en jugera capables, à des étrangers comme à des nationaux, à des femmes comme à des hommes; et, en effet, il y a des questions qui touchent à des professions que les femmes seules exercent, et sur lesquelles on trouverait difficilement des hommes capables de se former un avis.

L'expert n'étant qu'un témoin, le juge n'est pas obligé de conformer sa sentence à l'opinion qu'il a manifestée. S'il suspecte sa bonne foi, ou même sans cela, s'il croit son opinion mal justifiée, il peut ordonner une seconde expertise. Il peut aussi, dans tous les cas, prononcer contre l'avis exprimé par les experts, quand sa conviction est que ceux-ci se sont trompés.

Le ministère des experts n'est point gratuit. Il est vrai que les témoins n'ont pas droit en cette qualité à un salaire proprement dit, parce que la vé-

rité n'est pas une chose appréciable en argent; mais encore leur accorde-t-on une indemnité à titre de frais de déplacement : car, en droit, personne n'est tenu de souffrir une perte pour rendre service à autrui. Cela est vrai, à plus forte raison, des experts, qui sont obligés de consacrer leur temps et leurs connaissances à l'examen de la question qui leur a été soumise par la Justice.

CHAPITRE IX.

De la Preuve testimoniale.

La preuve testimoniale est assurément l'une des plus dangereuses, parce que, dans les autres, le juge peut se tromper, tandis que dans celle-ci, les témoins peuvent tromper le juge. Est-ce pourtant une raison de la proscrire? Non sans doute : car, en supposant un moment qu'on le fasse, les inconvénients qui en résulteraient seraient bien plus grands ; la Justice, privée de son principal moyen d'investigation, serait arrêtée chaque jour par mille impossibilités qui se dresseraient devant elle.

Aussi la question ne peut-elle pas être de savoir s'il faut se priver de cette ressource nécessaire, mais seulement s'il n'est pas convenable d'en limiter l'application.

« N'excluez aucun moyen de preuve par la seule crainte d'être trompé, mais pesez-le: » tel est le

principe fondamental de Bentham dans son célèbre Traité des Preuves judiciaires. Son avis est que la preuve testimoniale doit être reçue, quelle que soit l'importance du litige, sauf au juge à ne prendre que pour ce qu'elle vaut la déposition des témoins. Ce système, qui domine encore dans une grande partie de l'Europe, cause peut-être moins d'injustices que celui qui repousse entièrement la preuve par témoins lorsque l'objet du procès dépasse un certain taux : car, dans ce dernier système, il y a plus d'individus victimes de leur confiance qu'il n'y en aurait de condamnés injustement dans l'autre, par suite de la déposition de témoins corrompus. Mais une double considération nous paraît cependant faire pencher la balance en faveur de la limitation de la preuve testimoniale: c'est, d'une part, que cette limitation rend les procès infiniment moins fréquents, en forçant les parties à dresser un écrit; c'est, en second lieu, que ceux qui seront trompés auront bien voulu l'être, et ne pourront l'imputer qu'à leur négligence [1].

Il faut donc ajouter un amendement à la maxime de Bentham, et dire : N'excluez aucun moyen de preuve par la seule crainte d'être trompé, à moins

[1] Néanmoins la preuve testimoniale est admise en toute matière dans les pays suivants : l'Autriche (Cod. proc., ch. 14); le Danemarck (Code de Christian V, liv. I, ch. 13); la Suède (liv. de la proc., ch. 14, § 3); la Prusse (Cod. proc., tit. 10, §§ 131, 394 et suiv.). C'est aussi le droit commun de l'Angleterre, de la Norwége, de l'Espagne et du Portugal.

que vous ne puissiez offrir aux parties une preuve préconstituée plus sûre.

Nous allons examiner dans une série de paragraphes quelques-unes des questions difficiles que présente cette matière.

§ I.

Dans quels cas la Preuve testimoniale sera admissible.

Ce serait une grave erreur que de dire : La loi n'estime la conscience des hommes qu'à 150 francs, puisqu'elle rejette la preuve par témoins au-dessus de cette somme. La loi n'estime la conscience des hommes ni à ce taux, ni à aucun autre, bien qu'au-dessus de 150 francs le danger de la corruption paraisse plus grand au législateur. Et en effet, toutes les fois qu'il n'a pas été possible au demandeur de se procurer une preuve par écrit, la loi autorise la preuve par témoins, s'agît-il d'un million, sauf toujours au juge à se tenir sur ses gardes. C'est ce qui a lieu en matière de délits et de quasi-délits, c'est-à-dire lorsque le fait dommageable est indépendant de la volonté de celui à qui il préjudicie.

Mais à l'égard des conventions, comme il est toujours libre aux parties de se procurer un écrit, la loi pourrait sans injustice bannir entièrement la preuve testimoniale. Si elle l'admet pour les contrats d'une importance minime, ce n'est pas seulement parce que le danger de la corruption est peu à crain-

dre ; c'est encore pour ne pas assujettir les citoyens à une gêne journalière, et parce qu'il y aurait quelque inconvénient à les entraîner dans des frais d'acte pour des affaires d'un si mince intérêt.

C'est au législateur à déterminer le taux au-dessus duquel la preuve testimoniale ne sera plus admise. Notre Code l'a fixé à 150 francs [1].

Mais rien ne serait plus injuste que de repousser ce genre de preuve par la seule crainte d'être trompé, lorsque la partie s'est trouvée dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite. Le Code civil en offre cependant un exemple dans la disposition qui interdit à l'enfant dont on a supprimé l'état de réclamer ses droits de légitimité sans un commencement de preuve par écrit [2]. C'est le cas de dire avec un ancien : *Nullum debet inimicum videri genus probationis quod solum est* [3].

§ II.

Du Nombre des Témoins, de leur Qualité, et des Causes de Reproche.

On a souvent prétendu proportionner le nombre des témoins à l'importance du procès. Les voyageurs

[1] Dans le pays de Vaud, la limite est de 800 francs (*Cod. civ.*, art. 995).

[2] Art. 323.

[3] Quintilien, ...

prétendent qu'en Perse on exige, dans certains cas, soixante-douze témoins [1]. A Rome, il en faut un nombre considérable pour convaincre un cardinal. C'est rendre la preuve impossible.

Une règle qui se retrouve dans le droit mosaïque, ainsi que dans le droit romain, et que notre ancienne jurisprudence leur avait empruntée, est la règle *Testis unus, testis nullus*, d'après laquelle un seul témoin ne peut faire foi en justice [2]. Non-seulement les praticiens, mais encore les philosophes, qui aspirent à plus d'indépendance dans la pensée, prétendirent long-temps fonder ce principe sur la logique, en alléguant tantôt qu'un témoin unique peut dire ce qu'il veut; tantôt que, son témoignage étant détruit par la dénégation du défendeur, il en faut un second pour les départager [3].

Ailleurs on détermina un cens de crédibilité : on distingua les témoins qu'on appelait *possessionati*, de ceux qui, n'ayant rien, étaient rejetés sous le nom de *proletarii et diabolares* [4]. On ne peut nier qu'il n'y eût plus de raison dans cette règle que dans la première, la corruption, qui fait le danger de la preuve testimoniale, étant moins probable quand le témoin est au-dessus de la misère.

[1] V. Anquetil-Duperron, *Législ. orientale*, p. 72.

[2] V. Deutér., xix, 15; xvii, 6; — Nombres, xxxv, 30. — L. 9, C. *de Fide Instrum.* — Une maxime de notre droit coutumier disait : *Voix d'un, voix de nun.*

[3] Voyez, en ce sens, Burlamaqui, t. iii, p. 502; — Filangieri, *Science de la Législ.*, liv. iii, ch. 15, etc.

[4] V. Danty, *Preuve par témoins*, ch. i.

Cependant c'est vouloir réglementer la prudence, que de prétendre déterminer le point précis où le juge devra être convaincu. Les motifs de crédibilité varient si fort de témoin à témoin, qu'il vaut mieux lui laisser arbitrer en fait la confiance que mérite telle ou telle déclaration. C'est à cette conclusion qu'on est arrivé après bien des tâtonnements. Et l'on reconnaît aujourd'hui que le juge peut se contenter d'un témoignage unique, comme il peut ne point être convaincu par un grand nombre.

Il devra plutôt peser les témoignages que les compter. Ce sera pour lui une affaire de perspicacité, que de sonder les motifs secrets, les animosités déguisées. Il se défiera des bruits et des ouï-dires[1]. Il saura enfin, par d'habiles interrogations, mettre la véracité des hommes à l'épreuve, en leur faisant particulariser leur témoignage, selon le conseil des anciens jurisconsultes, qui avaient résumé le devoir du magistrat dans le vers suivant :

Quis? quid? ubi? quibus auxiliis? cur? quomodo? quando?

J'ajoute que tous ou presque tous les motifs de reproche devraient être supprimés. Il n'est pas sage de dire : Le parent à tel degré ne sera pas cru, L'héritier présomptif ne peut que mentir. Il faudrait ériger en règle générale ce principe de notre jurisprudence criminelle, qui accorde au président des assises le pouvoir discrétionnaire de faire entendre toutes

[1] *Pluris est oculatus unus testis quam auriti decem.*
PLAUT. *Trucul.*, act. II, sc. 6.

les personnes dont il juge le témoignage utile, sauf à croire ou à ne pas croire à leur déposition. On est souvent arrivé par cette voie à la découverte de la vérité qui allait échapper à la Justice [1].

§ III.

Si les Témoins doivent prêter Serment.

L'opinion générale est que les témoins doivent prêter serment de dire la vérité, et la pratique de tous les peuples y est conforme. Bentham seul a soutenu que cette pratique était plus dangereuse qu'utile. Cette question étant très-grave, et l'autorité de ce publiciste célèbre étant très-grave aussi, nous examinerons en peu de mots les motifs sur lesquels il se fonde [2].

1° Sa première raison est que la valeur du serment repose sur la croyance religieuse du témoin,

[1] Les causes de reproche les plus bizarres se rencontrent dans les anciennes législations. La loi des *Siete Partidas*, toujours en vigueur en Espagne, déclare incapable de témoigner en justice la femme qui s'habillerait en homme (*la muger que anduviese en semejanza de varon*, part. III, l. VIII, tit. 16). Les statuts de Vaud exigeaient le témoignage de deux femmes pour équivaloir, ni plus ni moins, à celui d'un homme (Bellot, *Exposé des Motifs du Cod. de proc. de Genève*, p. 137). C'était exactement la pratique des Mahométans, selon Sale (*Observ. sur les Institutions du Mahométisme*, sect. VI).

[2] V., à ce sujet, Bentham, *Tr. des Preuves judic.*, liv. II, ch. 12.

que le juge ne peut pas apprécier : en sorte que c'est faire dépendre la crédibilité d'un élément inconnu. — Mais on peut répondre à cela qu'il y a tout autant de difficulté à constater la probité même du témoin, qui est un élément sur lequel repose plus directement encore la foi qu'il mérite ; et que dans tous les cas le serment est une nouvelle garantie de sincérité, quand ce ne serait que par la crainte qu'inspirera au témoin l'opinion des autres hommes sur le parjure.

2° Pothier, qui avait été magistrat pendant cinquante ans, attestait avoir vu déférer le serment bien souvent, mais ne l'avoir jamais vu refuser que deux fois. — C'était au moins deux fois où il avait servi à empêcher une injustice. Au surplus, l'observation faite par Pothier n'a pas trait directement à la question qui nous occupe : lorsque le serment est déféré à la partie elle-même, son intérêt peut l'entraîner à se parjurer ; au lieu que le témoin, qui parle pour autrui, sera plus circonspect à se jouer de son serment.

3° La troisième raison de Bentham consiste à dire que le serment est un motif pour le témoin qui en a imposé à la Justice de persévérer dans son mensonge, afin de ne point passer pour parjure. — Cela peut être dans quelques cas, mais dans beaucoup d'autres il l'engagera dès l'abord à dire la vérité. Il faudrait donc savoir si le serment empêche moins souvent le témoin de mentir, qu'il ne l'empêche de

se rétracter après avoir menti : calcul difficile à établir.

4° C'est avilir la sainteté du serment aux yeux du peuple, que de permettre au juge de n'en pas tenir compte. Il faudrait ou ne pas l'exiger, ou que le magistrat fût tenu d'y croire. — La réponse est facile : le magistrat ne refusera de croire au serment que quand il aura des motifs sérieux de suspicion; et cela n'avilira point le serment, mais celui qui l'aura prêté faussement.

5° Quant à la dernière objection de Bentham, que l'on se prive, dans ce système, du témoignage de ceux à qui leur religion défend de jurer, elle pourrait être de quelque poids dans un pays peuplé de quakers. Et encore est-il facile de répondre qu'alors on se contenterait exceptionnellement d'une simple affirmation juridique, sans qu'il fût besoin pour cela de faire de l'exception la règle.

Je n'aperçois donc dans ces divers arguments aucune raison suffisante pour rejeter le serment des témoins. C'est une garantie qu'il faudrait conserver, dût-elle ne préserver la Justice que d'un petit nombre d'erreurs.

§ IV.

Si le Témoin doit son Témoignage à la Justice.

Il est évident que, si le témoin consent à déposer, son témoignage doit être sincère. Mais il n'est pas

clair que l'on ait le droit de le faire parler: car, alors même qu'il connaîtrait quelque circonstance décisive en faveur de l'une des parties, le droit naturel ne l'astreindrait pas à sacrifier son temps ou sa tranquillité pour obliger autrui.

Si cette solution est vraie en pur droit naturel, on ne saurait douter toutefois que la Société ne soit fondée à employer un moyen de contrainte pour obtenir la vérité, au moins dans les affaires criminelles, où elle est directement intéressée, d'après le même principe qui l'autorise à frapper un impôt sur les citoyens pour le bien général. Mais au civil, où il ne s'agit que de l'intérêt privé, l'on ne voit pas que l'on puisse obliger un témoin à déposer malgré lui.

Pour ceux qui pensent que le témoignage en justice, soit au criminel, soit au civil, est une obligation dont on ne peut se dispenser, c'est une question grave que de savoir si l'on peut admettre des exceptions en faveur de certaines professions plus particulièrement obligées au secret. Nous citerons pour exemple les médecins et les avocats, qui, par un sentiment honorable, ont toujours prétendu que ce qui leur était confié dans leur cabinet devait être enveloppé d'un voile impénétrable. Mais aux yeux de la raison, cette prétention ne se soutient pas. Car, de deux choses l'une: ou bien leur client a le bon droit pour lui, et alors la vérité ne peut lui être préjudiciable; ou bien il a tort, et alors il ne faut pas lui faciliter un succès injuste. C'est, dit-on, bannir la confiance de relations dans lesquelles elle est indis-

pensable ; mais si ces relations ont pour but de protéger un crime ou de couvrir une injustice, le péril n'est pas grand. On doit d'ailleurs se défier d'un faux point d'honneur qui pourrait avoir sa source dans l'intérêt personnel de ceux qui l'auraient inventé.

§ V.

Des Enquêtes.

Un mot, en terminant, sur la forme des *enquêtes*, expression par laquelle on désigne la procédure d'audition des témoins.

Que dirait-on si, devant la cour d'assises, quand les jurés ont pris place et que les témoins ont répondu à l'appel, un des juges emmenait ceux-ci dans une chambre avec le greffier, les interrogeait, et revenait ensuite lire au juri leurs dépositions, rédigées en style de pratique? Croit-on que cette lecture décolorée remplacerait le geste, le regard et l'accent de la vérité? C'est pourtant dans cette forme que sont entendus les témoins en matière civile.

Elle nous a été léguée par le droit canon, d'où elle passa dans notre ancienne jurisprudence. Nous avons fait un progrès, car c'est aujourd'hui un des juges de la cause qui procède à l'enquête, au lieu qu'autrefois elle avait lieu par-devant des magistrats spécialement institués à cet effet. Toutefois cette amélioration est loin de suffire : la raison demande que les

témoins déposent devant le tribunal entier, en présence du public et de l'adverse partie. Il peut en résulter une perte de temps et une augmentation de frais; mais l'intérêt de la vérité ne doit-il pas faire fléchir toute autre considération?

Il faut aussi poser en règle que les dépositions seront retenues par écrit, et signées de ceux de qui elles émanent. Cette pratique inspirera de la circonspection au témoin. Le juge y trouvera de son côté le moyen de se remémorer les faits, en même temps qu'une garantie devant le public, si la justice de la sentence venait à être attaquée. Mais la déposition doit toujours être orale, afin d'empêcher autant que possible les combinaisons contraires à la vérité, que facilite une rédaction faite à loisir.

On connaissait autrefois les enquêtes à futur, qui ont été proscrites depuis dans l'ordonnance de 1667, sur les observations de M. de Lamoignon. Le principe de ces enquêtes était bon: car elles tendaient à conserver la trace de la vérité, que le décès prochain d'un témoin pouvait faire disparaître avant que le procès principal ne fût intenté. On se préoccupa beaucoup alors des abus de cette pratique: on se plaignait notamment de ce que les enquêtes à futur étaient trop souvent autorisées sur une simple allégation de style qu'un témoin était moribond, lorsque du reste il se portait fort bien, le tout en vertu d'une lettre de chancellerie qui s'accordait moyennant finance. Puisque ces enquêtes ont un motif rationnel, il semble qu'il ne serait pas difficile de les organiser

de manière à parer aux inconvénients signalés autrefois.

CHAPITRE X.

De l'Aveu.

L'aveu est la meilleure de toutes les preuves, quand on peut l'obtenir. Fût-il même mensonger, ce qui arrivera rarement, la condamnation qui s'ensuivrait ne serait point injuste, d'après la maxime *Volenti non fit injuria.* On peut d'ailleurs le regarder comme le moyen de tous le moins suspect pour arriver à la vérité: *probatio probatissima*, disaient les anciens jurisconsultes.

Il y a différentes espèces d'aveux.

Celui qui est fait en présence du magistrat prend le nom d'*aveu judiciaire.* C'est le plus grave, le plus solennel; il doit entraîner immédiatement la condamnation de celui qui l'a fait, sans qu'il soit besoin de prolonger les procédures. Quelquefois il est purement spontané; quelquefois il est provoqué par le juge au moyen d'un interrogatoire dont je m'occuperai plus spécialement tout-à-l'heure.

L'aveu peut également être *extrajudiciaire;* mais alors le juge n'en peut avoir connaissance que par la déposition des témoins qui l'ont entendu, ou par la production d'un écrit, si c'est par écrit qu'il a été fait. Il est assujetti, dans ces deux cas, aux rè-

gles qui concernent la preuve testimoniale ou la preuve littérale. On sent que si la loi permettait plus facilement de prouver par témoins l'aveu d'une obligation que l'obligation elle-même, rien ne serait plus aisé que de prendre un biais pour éluder ses dispositions. Mais quand l'aveu extrajudiciaire est écrit, par exemple quand il est contenu dans une lettre, il doit faire pleine foi contre celui duquel il émane.

Toute simple que paraisse être cette espèce de preuve, elle donne lieu à quelques questions d'une solution embarrassante que je dois examiner ici.

§ I.

Si l'Aveu est indivisible.

Le défendeur peut ne point faire un aveu pur et simple, mais l'accompagner de certaines assertions ou restrictions destinées à en atténuer l'effet. Par exemple, des héritiers réclament la restitution d'une somme que leur auteur avait remise à quelqu'un en dépôt. Le dépositaire prétendu avoue qu'il a reçu cette somme; mais il affirme qu'elle lui a été comptée, non pas à titre de dépôt, mais pour prix de services rendus; ou bien il dit : J'ai reçu la somme, cela est vrai, mais je l'ai restituée au déposant avant son décès. Dans tous ces cas, on demande si l'aveu peut être divisé contre celui qui l'a fait,

ou s'il faut le prendre dans son entier avec le correctif qui l'annulle.

Ce qui paraît conforme à la raison, c'est que s'il n'existait aucune preuve du fait principal, et s'il n'en existe aucune pour démontrer la fausseté du fait allégué comme exception, l'aveu ne doit point être divisé. Alors, en effet, si le défendeur avait voulu mentir, il aurait nié la dette elle-même, ce qui était plus simple que de la confesser pour se sauver au moyen d'un échappatoire.

Mais si, au contraire, il y avait des preuves, même incomplètes, du dépôt, l'assertion du défendeur mériterait moins de confiance, puisqu'il a pu être contraint d'avouer le fait principal, ne fût-ce que par respect pour l'opinion, et qu'il a eu intérêt à imaginer un subterfuge pour éviter d'être condamné.

Que sera-ce, maintenant, s'il y a des moyens d'établir l'impossibilité du fait sur lequel il fonde son exception? Il prétend avoir restitué le dépôt à telle époque; mais on offre de prouver qu'à cette époque le défunt avait cessé d'habiter le pays. Sur quel motif plausible pourrait-on s'appuyer pour rejeter cette preuve? Et si elle est administrée, comment se ferait-il que le dépôt, avoué d'autre part, cessât d'être regardé comme constant?

Je forme contre vous une action en dommages-intérêts pour violences exercées sur ma personne: vous avouez m'avoir frappé, mais vous vous défendez en soutenant que j'ai été le provocateur. Je

prouve que c'est vous qui m'avez provoqué : faudra-t-il, malgré cela, que le Tribunal vous absolve?

On ne peut donc regarder la règle de l'indivisibilité de l'aveu que comme une de ces règles artificielles qu'il vaudrait mieux supprimer, en s'en rapportant, sur ce point, au simple bon sens du juge [1].

§ II.

Si l'Aveu a besoin d'être accepté pour faire Preuve.

On aura peut-être quelque peine à croire qu'on ait sérieusement soutenu l'affirmative. Et cependant c'est l'opinion la plus générale parmi les jurisconsultes, qu'un aveu n'est irrévocable qu'autant qu'on en a pris acte, c'est-à-dire qu'on a manifesté la volonté de s'en prévaloir ; que jusque là celui qui l'a fait peut le rétracter, et que par cette rétractation l'aveu est censé nul et non avenu.

Les praticiens déclarent cette doctrine fondée *sur un de ces principes élémentaires si simples, si vrais, que personne ne les conteste, savoir : que l'on peut toujours rétracter sa parole avant qu'il y ait droit acquis*

[1] L'art. 1356 du Code civil statue de la manière la plus générale *que l'aveu judiciaire ne peut être divisé contre celui qui l'a fait*. En cela il est allé plus loin que le droit romain (v. l. 26, § 2, *Depositi*, ff.), et que les anciens auteurs, lesquels ne proclamaient ce principe que sous le bénéfice de quatre ou cinq exceptions qui l'annulaient ou à peu près, comme on peut s'en convaincre en lisant Voët, Zoezius, Henrys, etc.

à un tiers par l'acceptation[1]. Mais c'est par une confusion évidente que l'on prétend appliquer ce principe des obligations contractuelles à une simple preuve telle que l'aveu. Sans doute, lorsque je veux convertir la promesse qui m'est faite en une obligation, mon acceptation est nécessaire : mais ici il n'est pas question de m'acquérir un droit, il s'agit seulement de former la conviction du juge; et certes ce qui forme cette conviction, c'est l'aveu même de mon adversaire, ce n'est pas mon acceptation.

Mais, ajoute-t-on, *si vous aviez des preuves du fait, ma rétractation n'y porte aucun préjudice; et si vous n'en aviez point, je ne suis pas tenu de vous en fournir*[2]. Qui a jamais prétendu que le défendeur fût tenu de fournir des preuves contre lui? On n'avait pas de moyen pour le contraindre à faire un aveu, cela est certain. Mais s'il l'a fait, peut-il le rétracter? C'est un point tout différent. D'ailleurs, personne ne niera que si la dette existait, il était tenu de l'acquitter; or l'aveu qu'il a fait a pour résultat de prouver que cette dette existait réellement. Dire qu'il peut se rétracter jusqu'à l'acceptation, c'est dire que la force probante de l'aveu n'est pas dans la personne de celui qui l'a fait, mais dans la personne de celui qui en profite, ce qui est absurde.

Les preuves ne s'acceptent point comme les promesses conventionnelles. On n'a jamais avancé que

[1] Toullier, *Droit civil français*, t. x, n° 287.
[2] *Ibid.*

la preuve testimoniale ou que les présomptions avaient besoin d'être acceptées pour agir sur la conscience des juges. Cette proposition, appliquée à l'aveu, paraît encore plus choquante s'il est possible.

Cela est si vrai, que, quand un aveu est fait dans un procès pendant entre deux personnes, il doit pouvoir être invoqué, suivant moi, même par ceux qui ne figuraient pas dans l'instance, nonobstant le principe que les jugements sont, pour les tiers, *res inter alios acta*. Ici, en effet, il ne s'agit pas d'une question de chose jugée, mais d'un fait qui doit être considéré comme preuve irréfragable au profit de tous.

§ III.

Pour quelles Causes l'Aveu peut être rétracté.

L'aveu peut être rétracté pour erreur de fait. Trompé par une similitude de noms, j'avoue devoir à un ouvrier un certain nombre de journées de travail qui, dans le fait, m'ont été fournies par un autre. Dans ce cas, et dans tous ceux qui sont analogues, je peux, en justifiant de mon erreur, revenir contre la déclaration à laquelle elle avait donné lieu.

Mais l'aveu ne peut pas être rétracté pour erreur de droit, parce que ce serait le fait d'un fripon. Un homme, débiteur en vertu d'un billet nul en la

forme, avoue qu'il doit, dans l'ignorance où il est de cette nullité. Plus tard, apprenant qu'il avait un moyen de se soustraire à la condamnation, il voudrait rétracter l'aveu de la dette. On sent que sa prétention n'est pas admissible.

L'aveu pourrait-il être annulé pour cause de minorité ou d'incapacité en général? — Il ne paraît pas que cette cause doive suffire par elle-même pour faire tomber l'aveu; mais on pense que l'incapable serait recevable à faire valoir tous les moyens propres à établir qu'il a confessé tel ou tel fait par légèreté ou par collusion, et non pour obéir au sentiment de la vérité [1].

§ IV.

De l'Interrogatoire sur Faits et Articles.

Quand le défendeur n'avoue pas spontanément, il y a un moyen de provoquer ses aveux par un interrogatoire que lui fait subir le juge, et que l'on nomme dans l'usage *interrogatoire sur faits et articles*. Les règles que notre Code de procédure contient sur cette matière ne paraissent pas conformes en tout point à la droite raison.

[1] Cela s'appliquerait au cas où un mineur, attaqué comme responsable de son quasi-délit, conviendrait qu'il est l'auteur du fait dommageable. Il n'y a rien qui s'oppose à ce que son aveu soit pris comme une preuve contre lui, sauf la réserve que j'ai faite.

Celui qui veut faire interroger son adversaire sur l'objet du procès doit lui signifier, vingt-quatre heures au moins à l'avance, les questions qui lui seront posées [1]. Est-ce pour lui donner le temps de calculer ses réponses, de combiner son plan de défense, qu'on lui ôte ainsi tout le danger de l'imprévu dans l'attaque? Ce n'était pas sans doute le but du législateur, mais c'est à quoi aboutit sa disposition.

En second lieu, le bon sens voudrait que cet interrogatoire eût lieu en public, à l'audience, devant tous les juges, qui apprécieraient, par la netteté ou par l'embarras des réponses, par l'hésitation ou par l'assurance du langage, si le défendeur dit vrai ou s'il en impose à la justice. Mais ici, comme pour les enquêtes, tout se passe en secret devant un juge-commissaire qui se borne à dresser procès-verbal.

Enfin, si quelque chose semble raisonnable, c'est que celui qui requiert l'interrogatoire y assiste, soit parce que son adversaire éprouvera plus de honte à nier le fait en sa présence, soit parce que la partie, mieux instruite des faits que le juge, pourra suggérer, d'après les réponses obtenues, les questions les plus propres à mettre sur la trace de la

[1] Code de proc., art. 329-333. — Le dernier de ces articles confère, il est vrai, au juge-commissaire le droit de poser des questions d'office; mais, en l'absence de l'autre partie, ce magistrat pourra-t-il deviner aussi bien le côté faible de celui qu'il interroge?

vérité. Cependant la loi, avec aussi peu de sagesse, lui fait encore défense expresse d'être présente[1].

On n'a donc point été trop sévère en disant que notre procédure, sous ce rapport, avait organisé le mode le plus sûr de ne point atteindre la vérité. L'interrogatoire, pour être utile, et il peut l'être beaucoup, doit être fait à l'audience, de vive voix, sans communication préalable, et les juges devraient aller immédiatement aux opinions, sous l'impression qu'ils viennent d'en recevoir [2].

CHAPITRE XI.

Du Serment.

Le serment est l'attestation solennelle d'un fait en prenant Dieu à témoin de la vérité de ce qu'on dit.

Les lois ne punissent pas une fausse affirmation

[1] Code de proc., art. 333. — Ceci est une innovation de notre Code de procédure: car cette défense n'existait pas dans l'ordonn. de 1667. A la vérité, la jurisprudence de quelques parlements n'admettait point le demandeur à assister à l'interrogatoire. Dumoulin, ayant demandé au Parlement de Paris d'être présent à l'interrogatoire de son adverse partie, vit sa demande rejetée. *Et in hoc Curia pessimè judicavit*, disait-il en rapportant le fait, sur l'art. 37 de l'ordonn. de 1539. Nos législateurs auraient dû mettre la remarque à profit.

[2] C'est l'avis exprimé dans un rapport de M. Portalis, inséré au troisième volume des *Mémoires de l'Académie des Sciences morales et politiques.*

faite en justice, tandis qu'elles rangent le parjure parmi les crimes. Philosophiquement, on trouve cependant quelque peine à justifier l'indulgence de l'opinion pour le mensonge, et sa sévérité pour le faux serment.

Dieu est le témoin et le juge de toutes nos paroles : l'invocation de la Divinité n'appelle pas plus spécialement sa présence. Croirait-on, par hasard, qu'elle ne désapprouve que les mensonges faits à l'ombre de son nom? Toute affirmation fausse, conçue de propos délibéré dans le dessein de nuire, est également haïssable à ses yeux [1].

Quand l'invocation du nom de Dieu donnerait au mensonge un surcroît de gravité, il semble que ce ne serait pas une raison pour le punir criminellement, puisque ce n'est point aux hommes, comme on l'a dit tant de fois, à prétendre venger les injures faites à la Divinité.

Toutefois, je crois que s'il y a un reproche à faire aux lois, ce n'est pas de punir le parjure, mais plutôt d'être trop indulgentes pour le simple mensonge. Le devoir de vérité, dit-on, est un pur devoir de morale, dont la violation ne tombe pas sous

[1] La haute raison de Cicéron l'avait déjà bien senti : « *At quid interest inter perjurum et mendacem? — Qui mentiri solet, perjurare consuevit.... Propterea, quæ pœna ab diis immortalibus perjuro, hæc eadem mendaci constituta est. Non enim ex pactione verborum quibus jusjurandum comprehenditur, sed ex perfidiâ et malitiâ, per quam insidiæ tenduntur alicui, dii immortales hominibus irasci et succensere consuerunt.* » Cicer. pro Q. Roscio.

l'animadversion du législateur. Cela est vrai des mensonges qui n'ont pas pour but de porter à autrui un préjudice matériel et appréciable. Quant à ceux-ci, pourquoi les distinguer des autres faits nuisibles? Quelle injustice y aurait-il à punir celui qui nie sa dette comme on punit celui qui tente de s'approprier ce qui ne lui appartient pas?

La loi ne serait donc pas déraisonnable si elle frappait d'une peine tout mensonge juridique; mais elle a été plus tolérante pour la faiblesse humaine. Elle n'a voulu punir que celui qui serait fait de propos délibéré. Le serment est le signe auquel elle s'en assure. Lorsqu'elle punit le parjure, ce n'est point comme injure faite à Dieu, c'est comme fait juridique nuisible commis dans des circonstances aggravantes, avec persistance et préméditation. Alors il n'y a pas d'injustice, à quelque croyance que le coupable appartienne, de le frapper du stigmate de l'infamie, pour avoir solennellement outragé la vérité à la face de la justice du pays.

Dans le projet de Code civil, le serment était remplacé par une simple affirmation judiciaire. On avait eu peur de tout ce qui avait une apparence de caractère religieux. Mais il fut rétabli avec raison : car, tout en maintenant la séparation des matières religieuses et des matières civiles, il faut prendre les hommes comme ils sont. Or beaucoup d'entre eux seraient capables d'un mensonge, qui reculeraient devant un faux serment. La Justice ne doit

pas se priver d'un moyen d'épreuve qui lui permettra souvent de parvenir à la vérité.

Il y a plus : pour que ce mode de preuve obtînt toute son efficacité, on devrait lui conserver pleinement le caractère religieux qui lui appartient. Au lieu de glisser le nom de Dieu dans quelque formule inaperçue, il faudrait qu'un certain appareil extérieur vînt rappeler la sainteté du serment à l'homme qui va le prêter pour gagner sa cause. Je voudrais qu'un jour fût fixé, que la cité fût avertie, qu'une certaine pompe fût déployée, et qu'au milieu du silence de la foule, les magistrats lui fissent prononcer la formule du serment, en lui rappelant que la vengeance de Dieu et le mépris des hommes poursuivent les parjures.

Le serment peut se distinguer en serment confirmatif et en serment probatif.

§ I.

Du Serment confirmatif.

Le serment confirmatif est celui qui est prêté pour garantir l'exécution d'une obligation. Il se distingue du serment probatif, en ce qu'il se réfère à un fait futur, tandis que l'autre se rapporte à un fait passé.

Le moyen âge, époque de croyances religieuses, fit un abus singulier du serment confirmatif, en le faisant servir à couvrir les incapacités et les nullités

résultant de la loi. Une femme, un mineur, juraient d'accomplir une obligation; et cette obligation, qui sans cela aurait été nulle, ne pouvait plus être attaquée. On se rend difficilement compte d'une pratique qui permettait aux contractants, moyennant certaines formules, de se jouer des prescriptions les plus sages du législateur. L'incapacité qui viciait l'objet principal de l'engagement, ne devait-elle pas vicier aussi le serment, qui n'en était que l'accessoire? Dans tous les cas, on eût dû laisser à la conscience de celui qui l'avait prêté le soin d'apprécier le respect qu'il fallait en faire. La loi empiétait évidemment sur le domaine de la religion, en prétendant confirmer par le serment des conventions qu'elle déclarait nulles en elles-mêmes.

Ces idées se sont fait jour chez les modernes, qui ont rejeté cette espèce de serment, à l'exception de quelques peuples demeurés jusqu'à présent fidèles aux traditions du moyen âge [1].

§ II.

Du Serment probatif.

Le serment probatif peut se subdiviser en serment légal, en serment décisoire, et en serment supplétoire.

[1] En Espagne, encore aujourd'hui, la femme qui aliène sa

Serment légal.— J'appelle ainsi celui qui est déféré par le juge d'après la disposition impérative de la loi. Tel est le serment qu'on exige des témoins avant de recevoir leur déposition.

Serment décisoire. — C'est celui que l'un des plaideurs défère à l'autre, pour en faire dépendre la décision du litige. La partie à qui on le défère perd son procès si elle ne consent à le prêter ou à le référer à son adversaire.

Un plaideur ne peut jamais se plaindre qu'on s'en rapporte à son honneur pour trancher le débat. Le serment peut donc être déféré en tout état de cause, et même en l'absence de toute autre preuve.

La force probante de cette espèce de serment gît moins dans la véracité de celui qui le prête que dans le fait de l'autre plaideur, qui, en le déférant, a consenti à succomber dans sa prétention s'il était prêté. Une fois le serment accompli, il serait inutile d'en examiner la sincérité ou la fausseté. La condition est réalisée; le défendeur doit être absous.

Serment supplétoire.— Le serment supplétoire est déféré par le juge lui-même à l'une des parties, afin de déterminer sa conviction. Il complète la preuve déjà commencée par d'autres indices.

Il ne serait pas juste en règle générale que le juge pût condamner l'un des plaideurs sur le serment de

dot sous serment ne peut plus inquiéter l'acquéreur. Les jurisconsultes espagnols appellent une réforme sur ce point. SALA, t. I, chap. 5, § 12.

l'autre. Aussi la loi ne doit-elle permettre de déférer ce serment que dans les cas où, d'après la nature de la cause, le juge pourrait condamner sans ce complément de preuve ; par exemple lorsqu'il est autorisé à prononcer sur de simples présomptions, ou bien lorsqu'il existe déjà un écrit, et qu'il s'agit seulement d'éclaircir les doutes qui peuvent s'élever sur la sincérité des énonciations qu'il renferme.

CHAPITRE XII.

Des Présomptions.

On appelle *présomption* une conséquence que l'on tire d'un fait connu à un fait inconnu.

Les évènements se lient entre eux par des rapports de causalité que l'homme apprend à connaître par l'expérience. Lorsqu'il a vu constamment la même cause être suivie des mêmes effets, il se croit en droit de conclure, dans des circonstances analogues, de l'existence de l'effet à l'existence de la cause, quoiqu'il n'ait pas de preuve directe de celle-ci. Zadig devinait, au moyen de quelques traces imprimées sur le sable, que l'animal favori de la reine de Babylone était une chienne épagneule, qu'elle avait fait des chiens depuis peu, qu'elle avait des oreilles très-longues, et qu'elle boitait du pied gauche [1]. C'est

[1] Voltaire, *Zadig*, ch 3.

un exemple de présomptions tirées avec habileté, mais en même temps avec trop de hardiesse pour qu'on puisse le présenter aux magistrats comme un modèle à suivre.

De nombreux éléments d'erreur peuvent se glisser dans ce genre de preuve. Une circonstance négligée suffira quelquefois pour rendre la présomption mensongère. Souvent aussi une longue série de suppositions conduira seule du fait connu à celui que l'on veut connaître; et plus on s'éloignera alors du point de départ, plus la présomption deviendra incertaine.

Mais, tout insuffisante que soit une présomption, s'il s'en rencontre plusieurs concourant au même but, elles se confirment l'une l'autre au point d'équivaloir souvent à la certitude : tant il est improbable que la convergence de ces divers indices soit due au seul effet du hasard.

Un vol a été commis ; sur le lieu du crime on remarque des traces de pas récentes ; on y adapte les souliers d'un voisin, qui correspondent parfaitement à l'empreinte : les soupçons se portent aussitôt sur lui. Il peut se faire néanmoins que d'autres chaussures aient absolument la même forme; il peut se faire qu'un autre que le prévenu se soit emparé de ses souliers pour aller voler; il est possible, enfin, que ce dernier lui-même ait passé par-là, mais dans un but innocent. La présomption n'est donc pas encore complète. Cependant, si cet homme a déjà été condamné pour vol, c'est une seconde présomption

qui se joint à la première; s'il cherche à établir un alibi mensonger, sa culpabilité devient de moins en moins douteuse; enfin, qu'on trouve en sa possession une somme d'argent dont il ne puisse justifier clairement l'origine : et le juge le plus circonspect le déclarera convaincu par toutes ces présomptions, dont aucune isolément ne constituait une preuve décisive.

Il en est de cela comme de l'imitation en littérature. Une expression heureuse peut avoir été rencontrée par deux auteurs; il n'est pas impossible encore que le même vers échappe de deux plumes; mais si l'on en trouve huit ou dix de suite, parfaitement identiques, tout le monde criera au plagiat, tant le calcul des probabilités donne de milliers de chances contre une pour y croire!

Il y a certaines espèces de présomptions abandonnées à la sagacité du magistrat, et qu'on appelle *présomptions de l'homme;* il en est d'autres qui, revenant plus fréquemment ou présentant plus de certitude, ont été consacrées par la loi sous le nom de *présomptions légales.*

§ I.

Des Présomptions de l'Homme.

On ne peut tracer aucune règle ni sur la nature de ces présomptions, ni sur leur nombre, ni sur le point précis où elles devront emporter la conviction

du juge. Tout cela gît en fait, tout cela est abandonné à la prudence du magistrat.

La seule chose possible, c'est de déterminer les cas dans lesquels ce genre de preuve sera réputé admissible. Or il est d'abord évident que si la présomption elle-même ne résultait que d'une déposition de témoins, elle ne pourrait pas être reçue dans les causes où la preuve testimoniale est rejetée.

Que si les présomptions ressortaient de faits constants ou dont le juge pourrait s'assurer par lui-même, le danger de la corruption des témoins n'existant plus, il devient plus douteux de savoir si elles peuvent être prises en considération dans toute espèce de litige. Mais il est un autre danger consistant dans l'arbitraire auquel ce mode de preuve ouvre la porte. Si le juge était toujours prudent, toujours éclairé, toujours impartial, on pourrait sans inconvénient se fier à lui; mais quand ces qualités lui manquent, lui permettre de tout décider par de simples présomptions, ce serait l'autoriser à prendre ses passions ou son ineptie pour guides dans la recherche de la vérité.

Il sera donc sage de n'admettre les présomptions de l'homme que dans les cas où la preuve testimoniale sera recevable, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de quasi-délits ou de quasi-contrats, de conventions de peu d'importance, ou bien encore quand il existe un commencement de preuve par écrit rendant déjà le fait probable par le témoignage même de la partie.

§ II.

Des Présomptions légales.

Les présomptions légales sont celles que la loi consacre elle-même, *ex eo quod plerumque fit*, à l'égard de certains faits que l'intérêt public ne permet pas de laisser dans le vague.

Elles sont en grand nombre dans toute législation; nous nous bornerons à en citer quelques-unes.

La maxime *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, qui répute l'enfant de toute femme mariée né du mari, est une des présomptions légales les plus indispensables au bien de la société comme à la paix des familles.

On peut considérer aussi comme une présomption l'âge de majorité, qui fait réputer l'homme arrivé à ce degré d'intelligence et d'expérience nécessaire pour diriger ses actions et pour administrer son patrimoine.

Quand deux personnes, héritières présomptives l'une de l'autre, périssent dans un même évènement, sans qu'aucun indice fasse connaître celle qui a survécu, presque tous les législateurs ont eu soin de déterminer, d'après l'âge ou le sexe, laquelle des deux serait censée avoir succombé la dernière, et avoir par conséquent recueilli la succession de l'autre.

[1] C'est ce qu'on appelait autrefois les *præsumptiones de com-*

On a aussi établi des présomptions légales d'interposition de personnes en matière de donations, l'expérience ayant enseigné que celui qui ne pouvait pas donner à un incapable, adressait souvent la libéralité à son père, à son fils ou à son conjoint, pour la lui faire arriver indirectement.

Enfin, la remise du titre de créance au débiteur a été érigée également en présomption de libération, le bon sens disant que le créancier n'aurait pas consenti à se départir de ce titre, s'il ne lui était pas devenu inutile.

Dans tous ces cas, la loi forme elle-même la conviction du juge, ou plutôt elle la fait taire, en y substituant une conviction légale qui le contraint à prononcer, non point parce qu'il est convaincu, mais parce que le législateur a décidé qu'il devait l'être.

Seulement, il naît ici une question qui a toujours été un sujet d'embarras sérieux. Peut-on combattre la présomption de la loi par d'autres preuves qui en démontreraient la fausseté? ou bien doit-on la regarder comme irréfragable [1]?

Dans l'état actuel de la législation, ce n'est guère que par des considérations de prudence ou par des

morientibus, réglées aujourd'hui par les art. 720 et suiv. du Code civil.

[1] Les praticiens appellent d'un nom barbare, *præsumptiones juris tantùm*, celles qui admettent la preuve contraire, et *præsumptiones juris et de jure* celles qui ne l'admettent pas.

règles arbitraires qu'on peut arriver à résoudre cette difficulté. Voici, je crois, comment la loi devrait être faite pour être rationnelle.

Il faudrait distinguer deux cas qui n'ont rien de commun : celui où la loi n'a d'autre but que d'établir une simple présomption, et celui où elle accorde ou dénie un droit d'après une certaine raison qui peut n'être, à la vérité, qu'une présomption, mais qui, au lieu de constituer le but même de la disposition, n'en est plus que le motif.

Quand on dit que le débiteur qui a le titre de créance entre les mains est censé libéré, voilà une présomption véritable. Au contraire, quand on déclare qu'avant vingt-un ans l'homme est incapable de contracter à son préjudice, ce n'est plus une simple présomption que l'on pose ; c'est un droit qu'on enlève : d'après la présomption, il est vrai, que celui à qui on le retire est incapable; mais cette présomption, on le voit, n'est ici que le motif du législateur; son but, sa volonté absolue, est d'ôter à tout mineur le pouvoir de s'obliger.

Dans un cas, la loi ne va pas au-delà d'une présomption ordinaire, laquelle cède devant la preuve du fait opposé.

Dans l'autre, la disposition de la loi peut bien reposer sur une présomption; mais, par des considérations d'intérêt public, cette disposition est érigée en règle absolue, et elle conserve une égale force dans tous les cas, même dans ceux où la présomption viendrait à être démontrée fausse.

Toute hypothèse rentre dans l'un ou l'autre de ces cas : et alors il faudrait dire dans le premier, *L'homme est présumé ;* — dans le second, *L'homme peut* ou *L'homme ne peut :* ce qui établirait une différence saisissable au premier coup d'œil entre la *présomption*, qui, par sa nature, devrait toujours être susceptible de preuve contraire, et l'*attribution* ou la *privation d'un droit*, qui n'en est pas susceptible. Je dis que la présomption véritable est toujours susceptible de preuve contraire, parce qu'elle n'est établie par la loi que comme règle généralement vraie. Or, la variété des circonstances ne permettant pas de poser des règles générales qui ne puissent faillir, c'est entrer dans les vues du législateur, qui se propose d'arriver à la découverte de la vérité, que d'admettre la partie contre laquelle s'élève une présomption à démontrer sa fausseté dans un cas donné.

Ceci admis, par quel genre de preuve la présomption de la loi pourra-t-elle être combattue? Pourra-t-on la faire tomber, non-seulement par la preuve écrite, mais aussi par la preuve testimoniale, et même par de simples présomptions de l'homme en sens contraire ? Cela dépend, à ce qu'il me semble, de la nature de la cause. La présomption légale ne fait que déplacer la preuve, en en dispensant celu au profit de qui elle existe, pour la rejeter sur son adversaire. Si donc la question principale était susceptible d'être jugée par témoins ou par simples présomptions, le juge pourra les admettre pour dé-

truire la présomption de la loi; au cas contraire, il ne pourrait se dispenser d'appliquer celle-ci que sur la preuve par écrit de sa fausseté, ou sur l'aveu de la partie.

DE LA PRESCRIPTION [1].

La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par le temps voulu par la loi.

Plus généralement, c'est un moyen d'éteindre les droits qui n'ont pas été exercés dans un certain délai.

Nous diviserons cette importante matière en cinq paragraphes, où nous verrons, 1° si la prescription est de droit positif ou de droit naturel; 2° ce que c'est

[1] V. *suprà*, page 260, les motifs pour lesquels on s'est déterminé à faire de la prescription l'objet d'un chapitre à part.

que la prescription à l'effet d'acquérir; 3° en quoi consistent les règles de la prescription à l'effet de se libérer; 4° contre qui la prescription peut courir; 5° enfin les principes relatifs à la prescription criminelle.

§ I.

La Prescription est-elle de droit naturel, ou de droit positif?

Il y a une idée commune à toute espèce de prescription, celle de maintenir un *statu quo* qui a déjà une longue durée. Un créancier ne s'est pas fait payer dans un délai donné; il ne le sera plus. Un possesseur cultive un immeuble depuis long-temps; il n'en sera pas dépossédé. Cette idée, qu'un fait se légitime par son antiquité, vient d'elle-même à tous les hommes. Cela prouve qu'elle est utile, mais cela ne prouve pas qu'elle soit de droit naturel.

De droit naturel, le temps n'est un moyen ni de créer, ni d'éteindre les droits. Vous ne m'avez pas payé ce que vous me deviez pendant un an: serez-vous libéré? Non sans doute. Mais au bout de deux ans? Pas davantage. Et au bout de trois ans? Non plus. — Mais alors on voit bien qu'au bout de cinquante ans ce sera la même chose.

Si vous n'êtes pas propriétaire de mon champ le jour où vous y entrez, vous n'en êtes pas proprié-

taire non plus le lendemain; et il y a impossibilité de trouver la limite après laquelle, de droit naturel, la propriété vous serait acquise.

Cependant la loi positive a fixé cette limite, et les raisons d'utilité qu'on allègue pour justifier sa disposition sont aussi nombreuses qu'elles sont respectables.

D'abord, pour la prescription libératoire, quand le créancier est resté très-long-temps sans poursuivre son débiteur, il pourrait se faire que ce dernier se fût réellement acquitté, mais qu'il fût dans l'impossibilité de l'établir, parce qu'il aurait perdu ses titres de libération. L'on viendrait me demander le paiement d'une dette contractée par mon bisaïeul; mais sais-je seulement ce que sont devenus les papiers de mon bisaïeul? Il a donc bien fallu mettre un terme à l'action du créancier.

S'agit-il de la prescription acquisitive? De nouvelles considérations s'élèvent en faveur du possesseur. Sans doute l'usurpation a pu être injuste à son début; mais si l'usurpateur a vendu l'immeuble à un acheteur de bonne foi, si celui-ci l'a donné en dot à ses enfants, si l'agriculture l'a fertilisé, si de nouvelles habitations s'y sont élevées, si de nouvelles familles y ont pris racine, que d'intérêts dignes aussi de protection se sont liés à la terre! Faut-il, maintenant, que le propriétaire se réveille de sa léthargie, et vienne, après un demi-siècle, ses titres de propriété à la main, renverser tant d'intérêts légitimes? *Veteres migrate coloni!* J'ai le droit de vous

expulser, je suis le propriétaire. — Oui; mais n'avez-vous pas fait de votre propriété un usage préjudiciable à la Société, en la laissant sommeiller si long-temps? N'êtes-vous pas cause qu'à l'ombre de votre inaction prolongée des contrats ont été formés, des assurances prises, des mariages conclus peut-être? Vous allez ruiner des familles, victimes d'une fausse confiance que votre négligence contribuait à leur inspirer. Voilà sans doute ce que se disait le législateur en établissant cette seconde espèce de prescription [1].

Enfin, et dans tous les cas, n'était-il pas aussi d'intérêt général qu'avec le temps il y eût de la sécurité dans les relations sociales, que l'on ne pût pas fouiller perpétuellement l'arriéré des chicanes, et qu'un homme pût liquider sa fortune à la fin de ses jours, avec quelque certitude qu'on ne viendrait pas troubler son repos, en réveillant contre lui des prétentions séculaires [2]?

[1] M. Troplong a développé ce motif avec beaucoup de force au commencement de son *Traité de la Prescription*.

[2] Je n'ai point allégué ici un autre motif que l'on donne souvent, à savoir que le propriétaire qui s'est tu pendant long-temps, est censé avoir abandonné son droit; car, par cela seul qu'il le réclame, il paraît bien qu'il n'y avait pas renoncé. C'est d'ailleurs ce qui a conduit à la fausse idée que la prescription ne peut pas courir contre ceux qui ne peuvent point aliéner, idée dont je signalerai plus bas les conséquences funestes. Grotius a eu tort, à mon sens, de faire reposer toute la théorie de l'usucapion sur la maxime: *Vix est ut non alienare videatur, qui patitur usucapi.*

Toutes ces considérations prouvent que la prescription est utile; c'est, je crois, ce que personne ne conteste. Mais est-elle juste? Comment la loi peut-elle faire que ce qui était à moi soit à vous? Si elle est juste, comment donc arrive-t-il que ce moyen de défense soit si mal noté par l'opinion? C'est ici que les divers esprits se sont séparés pour suivre des routes divergentes.

Les uns, confondant la notion de justice avec celle d'utilité, ont pris un médiocre souci de la question; tout ce qui est dans l'intérêt général leur semblant juste par cela même.

D'autres, partant de ce principe, que la propriété est l'œuvre des lois positives, en ont conclu que, puisque la loi seule créait la propriété, elle était maîtresse de ne la garantir que sous certaines conditions, de dire, par exemple, au propriétaire : Tu jouiras assidument de ta chose; sinon, après un certain nombre d'années de négligence, je délaisserai tes intérêts pour protéger le possesseur. — Par-là ils ont cru avoir tranché la difficulté. Le fait est qu'ils avaient tout simplement énoncé une grave erreur, en niant que la propriété fût de droit naturel [1].

Et, d'ailleurs, cette explication ne touche en rien à la prescription des créances, à moins qu'on ne veuille aussi poser en principe que c'est la loi posi-

[1] V. *supra*, liv. II, chap. I.

tive seule qui oblige un homme à exécuter ses conventions.

Voici les idées qui nous paraissent les plus justes en cette matière.

La propriété est sans doute un droit naturel comme le droit de créance; mais il n'est pas de droit, si naturel qu'il soit, qui ne se trouve, dans l'état social, soumis à certaines limitations, afin que l'exercice qu'on en fait ne devienne pas préjudiciable à autrui. C'est dans cette vue que la loi apporte elle-même diverses restrictions à la propriété.

Ainsi, quand vous causez un préjudice matériel à quelqu'un, la loi transporte une portion de votre propriété à celui qui a souffert, sans qu'on voie là une injustice.

Il n'est pas même besoin que vous ayez agi méchamment: une omission, une simple négligence, peut vous faire perdre une partie de votre fortune: tel serait le cas du défaut de renouvellement d'une inscription hypothécaire. Le législateur vous avertit de prendre telle précaution, de remplir telle formalité, utile dans l'intérêt général: sinon, il prononce une peine contre vous pour ne pas avoir rempli la condition qu'il vous imposait.

Il en est de même de la prescription. La loi prend en considération le préjudice que pourrait causer aux tiers la négligence prolongée du propriétaire. Elle lui ordonne d'user de son droit, non pas, à la vérité, d'une manière continue, mais de telle sorte néanmoins que les tiers de bonne foi ne puissent

l'exercer à sa place pendant une période de temps assez longue pour leur inspirer une confiance trompeuse. Si le propriétaire n'obéit pas à l'injonction de la loi, s'il contribue ainsi à causer ou du moins à prolonger l'erreur du possesseur, il sera justement puni par la perte de sa propriété.

Ajoutez, ainsi que je l'ai dit plus haut, que la prescription ne fera souvent que protéger le véritable propriétaire, qui pourra se trouver, après un certain laps de temps, dans l'impossibilité de justifier de sa propriété, parce qu'il en aura perdu les titres.

On objecte que ces raisons, vraies dans beaucoup de circonstances, cessent de l'être lorsque la mauvaise foi du débiteur ou du possesseur est connue, et qu'il est facile d'en administrer la preuve. Mais qu'est-ce que la prescription, sinon une présomption légale? Or, pour justifier les présomptions légales, il suffit qu'elles soient conformes à la réalité dans le plus grand nombre des cas, et que leur consécration soit d'ailleurs utile au point de vue de l'intérêt général.

Cependant, de ce que le principe de la prescription est inattaquable en droit, il ne s'ensuit pas que l'usage qu'on en fait soit toujours moral. Autre chose est de dire qu'une loi est bonne, autre chose de dire que celui qui invoque cette loi est un honnête homme. Nous voici amené, on le voit, à la question de savoir si l'on peut opposer la prescription en sûreté de conscience.

La conscience ne procède pas, comme la loi, par

des règles générales; elle apprécie chaque action, pour l'approuver ou la condamner, suivant les motifs qui l'ont dictée, suivant les circonstances qui l'accompagnent.

Si j'ai réellement égaré mon titre, et que vous prétendiez me faire payer une seconde fois, c'est vous qui commettez une injustice, et la prescription que j'opposerai sera une défense légitime.

Au contraire, s'il y a eu de votre part négligence, ou peut-être ménagement pour ma position, et que plus tard je vous oppose la prescription, sachant bien que je ne vous ai pas payé, nul doute que la conscience ne réprouve ce moyen d'acquitter ses dettes.

J'en dirais autant d'un possesseur de mauvaise foi, qui, sachant que le fonds ne lui appartenait pas, n'a pas pu légitimement y fonder ses intérêts, y attacher ses affections, et qui ne s'y est perpétué que par une faute.

La seule question douteuse à mes yeux est celle qui concerne le possesseur de bonne foi. Entre lui et le propriétaire, l'équité semble tenir en quelque façon la balance égale : car, si l'un a traité dans une fausse confiance que les faits justifient, s'il ne faut pas le faire souffrir d'une erreur innocente, inévitable, le propriétaire aussi peut avoir été empêché d'agir par des motifs légitimes. Ses intérêts ne méritent-ils pas autant de protection que la simple bonne foi d'un autre? Mais ici encore, que de nuances de position ne permettent pas de donner dans

tous les cas une réponse uniforme! La prescription sera plus ou moins morale, selon que la possession sera plus ou moins ancienne, qu'il y aura eu acquisition à titre onéreux ou à titre gratuit, que l'immeuble aura été plus ou moins métamorphosé par le travail de l'homme, que la négligence du maître sera plus ou moins excusable, que la restitution de la chose sera plus ou moins une cause de ruine pour ceux qui l'occupent.

La conscience pourra même conseiller des transactions dans lesquelles la loi ne pouvait pas entrer, comme, par exemple, de restituer au propriétaire l'immeuble qu'il réclame, moyennant de certaines indemnités, représentation du dommage qu'a pu éprouver le possesseur par suite de son silence.

Enfin, comme c'est une chose grave que de priver un homme du bien qui lui appartient, le possesseur devra trancher le doute contre lui-même, toutes les fois qu'il hésitera sur la légitimité de la prescription, suivant la maxime très-sage des philosophes, que, *dans le doute, il faut s'abstenir.*

En résumé, la prescription n'est qu'une arme que la loi met dans la main des hommes. On peut s'en servir pour défendre une bonne cause comme une cause mauvaise. L'arme en elle-même n'est ni juste ni injuste.

§ II.

De la Prescription à l'effet d'acquérir.

La prescription à l'effet d'acquérir, entièrement différente de la prescription libératoire, avait reçu des Romains le nom d'*usucapion*, qui indiquait une condition tout-à-fait propre à la première de ces prescriptions, c'est-à-dire l'usage ou la possession de la chose pendant un délai déterminé.

Un mot d'abord sur cette *possession*, complètement étrangère à la prescription à l'effet de se libérer.

Elle devra réunir certains caractères propres à attester que le possesseur jouit de la chose comme propriétaire, et à prévenir le propriétaire véritable qu'il se mette en mesure de recouvrer ce qui lui appartient.

Il faut avant tout qu'elle ne soit point *à titre précaire*, c'est-à-dire que le possesseur ne tienne pas la chose comme emprunteur ou comme locataire, rendant ainsi hommage au droit d'un autre, cas auquel il ne pourrait jamais prescrire par quelque temps que ce soit.

La possession doit aussi avoir été *publique*, ou, comme le disaient les coutumiers, *au vu et su de tous ceux qui l'ont voulu voir et savoir :* car une possession clandestine, qui se cacherait dans l'ombre, témoignerait, d'une part, que le possesseur n'avait pas con-

fiance dans son titre, et, de l'autre, n'avertirait point le propriétaire que son bien a été usurpé.

Il faut encore qu'elle soit *paisible*, c'est-à-dire que le détenteur n'ait pas été harcelé dans sa possession par le propriétaire, ou même par un tiers, parce qu'autrement sa jouissance, fréquemment interrompue en fait, ne constituerait, pour ainsi dire, qu'une longue querelle où le droit acquis la veille serait perpétuellement effacé par la contradiction du lendemain.

Quand ces divers caractères se rencontrent, la prescription peut se réaliser, en distinguant néanmoins entre le possesseur de bonne et de mauvaise foi.

C'est pour le cas de bonne foi, lorsque le possesseur jouit en vertu d'un juste titre et n'a rien à s'imputer, si ce n'est le malheur d'avoir traité avec un autre que le vrai propriétaire; c'est pour ce cas seulement que la prescription a été inventée. La situation du possesseur mérite alors tout l'intérêt de la loi, qui doit rapprocher autant que possible le terme de la prescription. Le délai de dix ans, adopté par le droit romain et conservé dans nos Codes, peut avoir été approprié aux conditions de l'état social chez les anciens. Mais, dans nos sociétés modernes, on ne doit pas douter qu'il ne fût possible de l'abréger beaucoup, surtout avec un meilleur système de publicité. C'est ainsi qu'en Autriche, celui qui a fait inscrire une propriété à son nom sur les registres publics, en vertu d'un juste titre, ne peut plus être

inquiété après trois ans [1]. En Russie, l'acquéreur peut se faire envoyer en possession par les tribunaux avec certaines formalités qui rendent la possession très-publique ; et, après deux ans de jouissance paisible, il a droit de requérir l'ensaisinement, au moyen duquel il devient propriétaire incommutable [2].

Y a-t-il au contraire mauvaise foi ? j'applaudis au droit romain ancien et au droit canonique, qui repoussaient tout-à-fait la prescription. « L'âge de Nestor, a très-bien dit Bentham, ne devrait pas suffire pour assurer à l'usurpateur le gage et le prix de son iniquité [3]. » Je ne vois pas, en effet, par quel motif plausible l'usurpateur colorerait sa prétention. Pour lui, point d'excuse, point d'erreur involontaire, point de ces améliorations qu'autorise la bonne foi, et le plus souvent point de déboursés : toutes ces considérations contrebalancent bien la négligence que l'on pourrait reprocher au vrai propriétaire.

Grotius a usé d'un raisonnement plus chrétien que juridique pour justifier cette prescription, en disant qu'un homme ne doit pas tellement tenir à son bien, qu'il veuille faire rester perpétuellement le détenteur en péché mortel, plutôt que d'y renoncer en sa faveur [4]. Mais si l'usurpateur veut sauver son ame, il n'a pas de moyen plus simple que de me rendre

[1] Code autrichien, art. 1467.

[2] Code russe, art. 962.

[3] *Traité de Législation*, t. I, p. 280.

[4] *Bene sperandum de hominibus, ac propterea non putandum eos hoc esse animo, ut, rei caducæ causa, hominem alterum*

ce qui m'appartient; et, s'il ne le veut pas, je ne vois pas pourquoi je serais obligé de l'empêcher d'aller en enfer à mes dépens.

On objecte communément que si le possesseur de mauvaise foi était exclu du bénéfice de la prescription, il n'y aurait plus de limite aux procès, et qu'après trois siècles de possession, la propriété ne serait pas encore établie. A cela il y a une double réponse à donner. D'abord, par la nature des choses, la possession immémoriale est un titre irréfragable, puisqu'elle cache la propriété sous un voile qu'on ne peut plus soulever. En second lieu, la mauvaise foi est personnelle. L'héritier serait toujours présumé de bonne foi jusqu'à preuve contraire. C'est par une fiction du droit civil que l'héritier est censé être la même personne que son auteur, et qu'il est réputé usurpateur, quand le défunt l'était lui-même. Mais c'est une fiction très-contraire au sens commun que celle-là. Plusieurs législations l'ont déjà répudiée [1].

Avec ces restrictions, on ne voit pas que l'intérêt public ou privé fût mis en danger par ce principe que l'usurpateur doit à toute époque restituer ce qu'il détient injustement.

velint in perpetuo peccato versari, quod evitari sæpe non poterit sine tali derelictione. Grotius, lib. II, c. 4, n. 8.

[1] « La possession doit être de bonne foi; mais la mauvaise foi du précédent possesseur n'empêche pas un successeur ou un héritier de bonne foi de commencer l'usucapion, à partir du jour de son entrée en possession. » *Code autrichien*, art. 1463.

§ III.

De la Prescription libératoire.

La prescription libératoire ne se rapporte qu'aux créances. Elle fournit une exception contre le créancier qui est resté long-temps sans exercer son droit. Il n'est plus besoin ici de possession, ni même d'un fait quelconque de la part du prescrivant, qui se trouve libéré par la seule inaction de son adversaire.

On ne peut exiger la preuve de la bonne foi dans la prescription libératoire. Elle ne pourrait guère exister que chez un héritier qui n'aurait pas connaissance de la dette contractée par son auteur. Mais, restreinte à ce cas, la prescription deviendrait d'un usage assez rare, d'autant plus qu'il serait difficile de justifier de l'ignorance sur laquelle elle reposerait.

Le motif le plus solide de cette prescription est celui que j'ai déjà mentionné plusieurs fois, la possibilité d'égarer une quittance, jointe à la probabilité que la dette a été payée, quand le créancier s'est tu pendant si long-temps.

La principale difficulté concerne le délai par lequel l'action du créancier sera éteinte. Ce délai, nos lois l'ont fixé à trente années. Mais si cette uniformité rend plus facile l'application de la loi, elle

n'est pas toujours conforme à la raison, qui demanderait des limites différentes, selon les diverses natures d'actions.

Trente ans, c'est un délai bien long, trop long peut-être. N'y aurait-il pas lieu, en tout cas, de l'abréger pour un grand nombre d'actions [1]?

Ne conviendrait-il pas de distinguer entre les actions résultant de promesses contractuelles, telles que celles nées d'un prêt ou d'une vente, et les actions résultant de quasi-contrats et de quasi-délits? Le délai de trente ans pourrait être conservé pour les premières, tandis que je ne verrais nul inconvénient, pour les secondes, à le réduire à deux ou trois ans. Conçoit-on, par exemple, qu'un propriétaire ait trente ans pour se plaindre du dommage causé à sa récolte par la voiture d'un passant, absolument comme pour se faire payer le prix d'un domaine vendu?

Il semble également que l'action contre un fermier ou contre un usufruitier, pour lui faire réparer les dégradations par lui causées, devrait se prescrire par un terme fort court à partir de l'expiration de sa jouissance.

J'abandonne, au surplus, ces observations à la méditation des personnes instruites. Je me contenterai seulement d'ajouter que la jurisprudence n'a

[1] En Angleterre les actions personnelles se prescrivent généralement par six années; en Russie, par dix années. (Code russe, art. 392.)

point assez fait en créant de petites prescriptions pour les dettes que l'on appelle criardes, telles que les sommes dues chez les fournisseurs et marchands en détail, sommes qui s'acquittent promptement, sans en retirer de quittance, et qui, pour ce motif, doivent se prescrire à bref délai. Il faudrait des divisions plus variées, mieux appropriées aux différentes natures d'actions, mais dont les limites précises sont malheureusement difficiles à tracer.

§ IV.

Contre qui la Prescription doit courir.

La prescription est suspendue en général en faveur des incapables, et notamment en faveur des mineurs. C'est, à ce qu'il nous semble, la suite d'une grave méprise : elle devrait courir contre tout le monde.

Après avoir admis en principe que la prescription contient une aliénation tacite, on en a conclu qu'elle n'était point opposable à ceux qui ne pouvaient pas aliéner : tel est le danger des fausses doctrines ; celle-ci a jeté le législateur dans une foule de contradictions.

Dire que le possesseur prescrit parce que le propriétaire a entendu abdiquer son droit en sa faveur, c'est admettre de toutes les explications la plus improbable et la plus exceptionnellement vraie. Le possesseur, le débiteur, prescrit, parce qu'il faut bien

que le temps le garantisse contre la perte de son titre, résultat possible du temps lui-même; il prescrit encore en cas de bonne foi, parce que le propriétaire de l'héritage ou de la créance est responsable envers lui du dommage qu'il lui a causé en le laissant dans une fausse confiance pendant de longues années. Mais on sent que ces motifs s'appliquent aux mineurs aussi bien qu'aux majeurs.

Quels inconvénients n'offre pas le système contre lequel je m'élève! Et quelle immense durée ne donnerait-il pas à la prescription dans certains cas! Lorsqu'on discutait le Code civil, on se préoccupait beaucoup d'assurer la stabilité de la propriété. Mais, en vérité, il faut lire les procès-verbaux du Conseil d'Etat pour se convaincre que telle était la pensée du législateur. On pourrait en douter à son œuvre.

La Cour de cassation réclama contre l'article qui suspendait la prescription en faveur des mineurs, en alléguant « qu'on avait vu des prescriptions durer quarante, soixante et quatre-vingts années, à cause de minorités successives, et cela à l'insu des possesseurs des biens réclamés[1]. » Quelle sécurité, dès-lors, y aura-t-il dans les transactions? De quoi servira la bonne foi à ceux qu'aura trompés une erreur invincible?

Si du moins la loi se montrait conséquente! Mais

[1] La Cour de Nancy appuyait cette observation, en prétendant même qu'on avait vu des prescriptions aller jusqu'à un siècle. Fenet, *Rec. des trav. prépar. du Cod. civ.*, tom. II, p. 751.

elle n'a pas même ce mérite : car les communes ne peuvent pas plus aliéner que les mineurs, et cependant la prescription court contre elles [1].

Enfin, ce ne sont pas toutes les prescriptions qui sont suspendues au profit des mineurs : ceux-ci restent, pour plusieurs d'entre elles, soumis à l'empire du droit commun. Seulement le législateur paraît avoir obéi à une idée bizarre dans le choix qu'il a fait : car ce sont les longues prescriptions qu'il a suspendues ; quant à celles qui s'accomplissent par un bref délai, il les a laissées courir [2] ; c'est-à-dire que plus il y a de chances pour que le mineur en soit atteint, moins on a jugé à propos de lui donner de protection, et plus la position des tiers devient favorable par le temps qui s'est écoulé, plus on les traite rigoureusement.

Tout cela manque de logique. On doit faire des vœux pour que la loi devienne plus favorable aux possesseurs de bonne foi, sauf à accorder aux mineurs un recours contre leurs tuteurs, dans les cas où ceux-ci pourraient être accusés de négligence [3].

[1] Code civil, art. 2227.

[2] Code civil, art. 1663, 1676, 2278.

[3] M. Berriat-Saint-Prix a énoncé les mêmes idées dans un mémoire dont on trouvera des extraits dans le IIIe volume des *Mémoires de l'Académie des Sciences morales et politiques*, p. LV (année 1839-1840).

§ V.

De la Prescription en matière criminelle.

Je ne me permettrais aucune excursion sur le terrain du droit criminel, si la prescription des crimes et délits n'avait pas aussi une influence sur les intérêts civils des parties lésées. Sans examiner si le principe de cette prescription est rationnel, s'il est juste qu'après un certain temps la loi ne puisse plus atteindre le coupable, si même cela est utile pour la Société, je dois considérer du moins les effets qu'aura la prescription de la peine sur la réparation du dommage résultant du fait incriminé.

Tout délit produit deux actions indépendantes l'une de l'autre : la première, appelée *action publique*, appartenant à la Société, et qui tend à faire punir le coupable ; la seconde, appelée *action civile*, qui appartient à la personne qui a souffert du délit, et dont le but est de lui faire obtenir une réparation pécuniaire.

Ces deux actions n'ont entre elles aucune connexion nécessaire : car elles ne tendent point au même objet, elles ne sont point formées par les mêmes personnes, elles peuvent être portées devant des tribunaux différents. Tout ce qu'elles ont de commun, c'est qu'elles dérivent du même fait et qu'elles sont dirigées contre le même individu.

Cela posé, parce qu'on a cru devoir établir que l'action publique s'éteindrait dans un délai plus court que celui des prescriptions ordinaires[1], est-ce une raison pour décider que la partie civile sera déchue de toute action à l'expiration de ce délai? Evidemment non. Qu'importe que la Société ait conservé ou perdu le droit d'envoyer le coupable aux galères? Ce n'est pas un motif pour qu'il échappe à l'obligation de réparer le préjudice qu'il m'a causé : car il y a là deux actions indépendantes, dont l'ordre est différent, dont le principe n'est pas le même, et dont l'exercice ne doit pas se confondre.

Pourtant le droit criminel a mis ici le pied dans le droit civil, en liant indivisiblement le sort des deux actions, et en statuant que la prescription de l'une emportait la déchéance de l'autre[2]. La disposition du législateur est claire; mais, il faut le dire, un pareil système est si bizarre, que le doute naît dans la conscience, plus fort que l'affirmation de la loi.

Supposons qu'un homme s'empare de bonne foi d'une succession qui m'appartient. Il le fait sans délit; il ignorait mon existence; il se croyait le plus proche héritier; comme tel, il a usé du mobilier du

[1] La prescription de la peine s'acquiert par dix ans s'il s'agit d'un crime; par trois ans, s'il est question d'un délit; et par une année, quand le fait punissable ne constitue qu'une simple contravention (C. d'inst. crim., 637, 638, 640).

[2] *Ibid.*

défunt. Suivant la règle commune, j'ai trente ans pour lui en demander la restitution. Mais que ce même homme m'ait volé ma montre, après trois années il n'aura plus rien à craindre : car l'action publique sera prescrite. Si donc je réclame en justice, n'ayant pu le faire plus tôt, parce que je ne connaissais pas le voleur, si je dis, si je prouve que cette montre est à moi, que je ne l'ai ni vendue ni donnée, et qu'elle doit m'être restituée comme à son légitime propriétaire, mon adversaire me répondra, le Code à la main : « Votre prétention serait juste si j'avais de votre montre une possession de bonne foi; vous auriez alors trente ans pour réclamer. Mais apprenez que je vous l'ai volée, et qu'après trois ans le Code se range du parti des voleurs. »

Et voilà pourtant le langage immoral que la loi ordonne aux juges, non-seulement de tolérer dans l'enceinte de la Justice, mais encore de consacrer par leurs arrêts!

Voilà où a pu conduire la confusion irréfléchie de l'action publique et de l'action civile. Ne valait-il pas mieux laisser chacune de ces actions suivre séparément son cours, plutôt que de décider que la clémence de la Société à l'égard du coupable autorisait celui-ci à s'approprier mon bien?

Il est permis de rester dans le doute sur l'utilité de la prescription en matière criminelle; mais, cette prescription une fois admise, on ne peut que faire des vœux pour qu'on l'organise d'une manière plus morale et plus juste en ce qui touche la partie c-

vile, aux dépens de qui la Société se montre trop facilement généreuse[1].

[1] Il y a des pays où le juge confisque à son profit l'objet volé: au moins c'est agir franchement, et cela vaut mieux que de l'attribuer au voleur. Thomasius, dans une dissertation (*de Statuum Imperii Potest. legislat.*, § 41), essaie de justifier cette confiscation, en prétendant qu'on l'avait ainsi décidé pour stimuler la surveillance des propriétaires. C'est le cas de dire que toute opinion trouve un défenseur, comme Dargentré en avait déjà fait la remarque: *Nulli sententiæ, quantumlibet adversa Themide, auctor deesse potest.*

FIN DU DEUXIÈME ET DERNIER VOLUME.

005800502

TABLE DES MATIÈRES.

Pages.

AVERTISSEMENT.

PROLÉGOMÈNES. — Des droits en général. 5

LIVRE PREMIER.

De l'État des Personnes.

CHAPITRE. I. Des droits qui appartiennent à l'homme comme homme. 13

§ 1. Droit d'existence. 14

§ 2. Droit de défense personnelle. 16

§ 3. Droit de liberté. 17

§ 4. Droit d'égalité. 18

CHAP. II. De l'esclavage. 21

§ 1. Des divers degrés de l'esclavage. 21

§ 2. De l'état actuel des choses en Europe. . . . 23
§ 3. Si c'est la philosophie qui a détruit l'esclavage. 27
§ 4. Si l'abolition de l'esclavage est due au Christianisme. 29
§ 5. Véritables causes de l'abolition de l'esclavage. 32
Chap. iii. De la mort civile. 35
Chap. iv. Des étrangers. 38
Chap. v. Des différences de religion. 43
§ 1. . . . . , ... 43
§ 2. Coup d'œil sur l'Europe. — Des Juifs. . . . 46
§ 3. Des mariages mixtes. 49
Chap. vi. De l'influence du sexe sur la capacité civile. 53
Chap. vii. De la famille. 60
Chap. viii. Du mariage. 65
§ 1. Du mariage au point de vue historique. . . 65
§ 2. Du mariage au point de vue philosophique. 69
Chap. ix. Des conditions essentielles du mariage. . . 73
§ 1. Du consentement des époux 73
§ 2. Du consentement des parents. 74
§ 3. De l'âge légal du mariage. 76
§ 4. De la forme du mariage. 77
Chap. x. Des empêchements au mariage. 79
Sect. i. Des empêchements dirimants. 80
§ 1. De la parenté. 80
§ 2. De l'impuissance. 86
§ 3. De l'existence d'un premier mariage. . . . 88
Sect. ii. Des empêchements prohibitifs. 89

§ 1. Des dix mois de viduité. 90
§ 2. Du consentement des ascendants. 91
§ 3. De la qualité de tuteur et de pupille. . . . 93
§ 4. De l'adultère. 93
CHAP. XI. Des obligations résultant du mariage. . . . 94
CHAP. XII. De la polygamie. 100
CHAP. XIII. De quelques questions relatives au mariage. 106
§ 1. Des fiançailles. 107
§ 2. Si la loi doit reconnaître plusieurs espèces de mariages. 109
§ 3. Si la loi doit autoriser des mariages à temps. 111
§ 4. Si le mariage est un contrat civil ou religieux. 113
§ 5. Si le législateur doit encourager les mariages. 115
CHAP. XIV. Du divorce. 117
§ 1. De la convenance du divorce. 120
§ 2. Des causes de divorce. 127
§ 3. Des effets du divorce. 132
CHAP. XV. De la séparation de corps. 134
CHAP. XVI. De la puissance paternelle. 135
§ 1. De ce qu'a été la puissance paternelle en fait. 135
§ 2. Opinions des philosophes sur la puissance paternelle. 138
§ 3. Des effets de la puissance paternelle. . . . 141
CHAP. XVII. Des enfants naturels. 144
§ 1. Si la loi doit établir des différences entre les

enfants naturels et les enfants légitimes. . . . 145
§ 2. Quelles différences doit-on établir entre la condition des enfants légitimes et des enfants naturels? 150
§ 3. De la recherche de la paternité. 153
CHAP. XVIII. De la légitimation. 158
Des divers enfants naturels. 160
CHAP. XIX. De l'adoption. 162
CHAP. XX. Des tutelles. 165
§ 1. Des personnes qui sont en tutelle. 167
§ 2. Des diverses espèces de tutelles. 170
§ 3. De l'administration du tuteur. 172

LIVRE DEUXIÈME.

De la Propriété.

CHAP. I. Fondements de la propriété. — Opinions des divers philosophes. 177
§ 1. Doctrine du droit d'occupation. 178
§ 2. Doctrine de la convention primitive. . . . 179
§ 3. De la doctrine qui fait dériver la propriété de la loi. 182
§ 4. De la doctrine qui fonde la propriété sur le travail. 185
§ 5. Véritables fondements de la propriété. . . . 188
CHAP. II. Objections contre la propriété. 195
CHAP. III. Des socialistes modernes. 205
§ 1. Saint-Simonisme. 206

§ 2. Système de Fourier. 209
§ 3. Société coopérative. — Robert Owen. . . . 214
§ 4. Communisme. 217
CHAP. IV. Réfutation des systèmes socialistes. 219
§ 1. Réfutation par la logique. 220
§ 2. Réfutation par les faits. 224
CHAP. V. Des droits compris dans la propriété. . . . 234
CHAP. VI. Des limitations de la propriété par la loi. 238
CHAP. VII. De la limitation de la propriété par les droits réels. 242
§ 1. De l'usufruit. 243
§ 2. De l'usage. 245
§ 3. Des servitudes. 246
§ 4. De l'emphytéose. 249
§ 5. Du droit de superficie. 250
CHAP. VIII. Des modes d'acquérir la propriété. 250
§ 1. De l'occupation. 251
§ 2. De l'accession. 252
§ 3. De l'invention. 254
§ 4. De la tradition. 256
§ 5. Des contrats. 260
§ 6. Des successions. 260
§ 7. De la prescription. 260
CHAP. IX. Des actions destinées à protéger la propriété, ou de la revendication. 261
De la revendication des meubles. 267
CHAP. X. De la possession, et de ses effets juridiques. 270
§ 1. De la possession en général. 270

§ 2. Effets attachés à la possession. 273
§ 3. De l'action possessoire. 274
CHAP. XI. De la propriété littéraire et industrielle. . 278
APPENDICE au livre II. — De la transmission des biens immeubles. 291

LIVRE TROISIÈME.

Des Successions.

CHAP. I. Si les successions sont de droit naturel. . . 301
CHAP. II. Législation comparée. 309
§ 1. Droit ancien. 309
§ 2. Droit moderne. 320
CHAP. III. Réflexions générales sur le chapitre précédent. 325
CHAP. IV. De la succession des descendants, et en particulier du droit d'aînesse. 332
CHAP. V. De la succession des ascendants. 343
CHAP. VI. De la succession des collatéraux. 346
CHAP. VII. De la succession des enfants naturels. . . . 351
CHAP. VIII. De la succession du conjoint survivant. . 354
CHAP. IX. Des successions vacantes. 356
CHAP. X. De la représentation. 356
CHAP. XI. Du droit de tester. 359
CHAP. XII. Des testaments, de leur forme, et de la capacité de tester. 363
CHAP. XIII. Des diverses dispositions testamentaires. 368
CHAP. XIV. Limitations du droit de tester. — Légi-

time. 373
CHAP. XV. De la capacité d'être héritier. 378
§ 1. Des incapacités absolues. 379
§ 2. Des incapacités relatives. 380
De l'indignité. 381
CHAP. XVI. De l'acceptation des successions. 383
§ 1. Effets de l'acceptation. 384
§ 2. Comment se fait l'acceptation. 387
§ 3. Des causes d'annulation de l'acceptation. . 387
CHAP. XVII. Des pactes sur les successions futures. . 388
§ 1. Pactes d'institution. 389
§ 2. Pactes de renonciation. 390
§ 3. Pactes de disposition. 392

LIVRE QUATRIÈME.

Des Obligations.

CHAP. I. Des obligations. 397
CHAP. II. Des délits et des quasi-délits. 402
§ 1. L'obligation résulte-t-elle du simple *fait*, ou faut-il qu'il y ait *faute?*. 403
§ 2. De la responsabilité du fait d'autrui. . . . 407
§ 3. Ceux qui ont commis un dommage en commun sont-ils tenus solidairement de le réparer?. 410
§ 4. De l'abandon noxal. 413
§ 5. Des compositions. 414
CHAP. III. Des quasi-contrats. 416

CHAP. IV. Des contrats.—Principe de leur force obligatoire. 423
CHAP. V. Des conditions essentielles des conventions. 429
CHAP. VI Du consentement. 433
CHAP. VII. Des symboles. 438
CHAP. VIII. Des vices du consentement. . . , ... 442
Sect. 1. Du défaut de liberté dans le consentement. 443
Sect. 2. De l'erreur. 450
Sect. 3. Du dol. 458
CHAP. IX. De l'objet des contrats. 460
CHAP. X. De l'effet des conventions à l'égard des tiers. 465
1. Du principe que les conventions ne nuisent pas aux tiers. 465
2. Du principe que les conventions ne profitent pas à autrui. 467
CHAP. XI. Les diverses modalités des obligations. . . 470
§ 1. Des obligations à terme. 470
§ 2. Des obligations conditionnelles. 471
CHAP. XII. De la nature du droit contractuel. . . . 479
CHAP. XIII. Des dommages-intérêts. 482
§ 1. A quoi s'étendent les dommages-intérêts. 483
§ 2. Si les dommages-intérêts varient par la bonne ou la mauvaise foi du débiteur. . . . 485
§ 3. Des distinctions à faire entre les contrats et les délits. 487
CHAP. XIV. De la prestation des fautes. 488
CHAP. XV. Des voies ouvertes pour l'exécution des

engagements. 491
CHAP. XVI. De l'extinction des obligations. 496

LIVRE CINQUIÈME.

Des diverses espèces de Contrats.

CHAP. I. Divisions générales des contrats. 507
CHAP. II. De la vente. 509
§ 1. Des obligations qui naissent de la vente. . 511
§ 2. Des promesses de vente. 512
§ 3. Du pacte de réméré. 514
§ 4. De la lésion. 516
CHAP. III. De l'échange. 520
CHAP. IV. Du partage. 522
CHAP. V. De la donation. 525
§ 1. Des diverses espèces de donations. 526
§ 2. Des causes de résolution des donations. . . 529
CHAP. VI. Du prêt de consommation. 532
§ 1. Le prêt à intérêt est-il licite? 533
§ 2. De l'usure. 535
§ 3. Des altérations de la monnaie. 539
CHAP. VII. Du louage des choses. 542
CHAP. VIII. Du commodat ou prêt à usage. 545
CHAP. IX. Du dépôt. 547
CHAP. X. Du louage d'ouvrage. 549
CHAP. XI. Du mandat. 551
CHAP. XII. De la société. 555
§ 1. Des diverses espèces de sociétés. 557
§ 2. Comment la société prend fin. 558

§ 3. Du partage des bénéfices. 559
CHAP. XIII. Du contrat de mariage. 560
§ 1. Législation comparée. 561
§ 2. Mérite comparatif des divers systèmes. . . 568
CHAP. XIV. De la transaction. 573
CHAP. XV. Du compromis. 576
CHAP. XVI. Du cautionnement. 578
CHAP. XVII. Du gage. 582
CHAP. XVIII. De l'hypothèque. 584
§ 1. De l'hypothèque en général. 588
§ 2. Des diverses espèces d'hypothèques. 590
§ 3. De la publicité des hypothèques. 592
§ 4. Vices de notre régime hypothécaire, et réformes proposées. 593
CHAP. XIX. Du contrat d'assurance. 598
CHAP. XX. Des contrats innommés. 602

LIVRE SIXIÈME.

Des Preuves judiciaires.

CHAP. I. Des preuves en général, de la certitude et de la probabilité. 607
CHAP. II. A qui incombe la preuve. 613
CHAP. III. Des choses qui peuvent être prouvées. . . 617
CHAP. IV. De quelques modes de preuve autrefois admis. 623
§ 1. Ordalies. 624
§ 2. Duel judiciaire. 626
§ 3. Serment. — Compurgateurs. 629

§ 4. Preuve testimoniale. 632
§ 5. Preuve littérale. 633
CHAP. V. Des divisions des preuves. 635
CHAP. VI. Preuve préconstituée. — Preuve littérale. 638
§ 1. De l'acte sous seing privé. 638
§ 2. De l'acte authentique. 642
CHAP. VII. De la science personnelle du juge. 645
CHAP. VIII. De l'expertise. 647
CHAP. IX. De la preuve testimoniale. 649
§ 1. Dans quels cas la preuve testimoniale sera admissible. 651
§ 2. Du nombre des témoins, de leur qualité, et des causes de reproche. 652
§ 3. Si les témoins doivent prêter serment. . . 655
§ 4. Si le témoin doit son témoignage à la justice. 657
§ 5. Des enquêtes. 659
CHAP. X. De l'aveu. 661
§ 1. Si l'aveu est indivisible. 662
§ 2. Si l'aveu a besoin d'être accepté pour faire preuve. 664
§ 3. Pour quelles causes l'aveu peut être rétracté. 666
§ 4. De l'interrogatoire sur faits et articles. . . 667
CHAP. XI. Du serment. 669
§ 1. Du serment confirmatif. 672
§ 2. Du serment probatif. 673
CHAP. XII. Des présomptions. 675
§ 1. Des présomptions de l'homme. 677
§ 2. Des présomptions légales. 679

De la prescription. 685
§ 1. La prescription est-elle de droit naturel, ou de droit positif? 686
§ 2. De la prescription à l'effet d'acquérir. . . . 694
§ 3. De la prescription libératoire. 698
§ 4. Contre qui la prescription doit courir. . . . 700
§ 5. De la prescription en matière criminelle. . 703

FIN DE LA TABLE.

KONSERVIERT DURCH
OSTERREICHISCHE FLORENZHILFE
WIEN

Digitized by Google